Rechtslexikon.

Achter Band.

Pfandrecht — Quittung.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddeus** in Leipzig; Adv. **Gans** in Celle; Geh. Justizrath, Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Präsident, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Heimbach** in Jena; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. **v. Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- u. Staatsrath **v. Maurer** in München; Prof. Dr. **v. Michaelis** in Tübingen; Geheim. Rath, Prof. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheim. Obertribunalrath, Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Stuttgart; Oberconsistorialrath, Prof. Dr. **Richter** in Berlin; Oberappellationsrath Dr. **Schwarze** in Dresden; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Geheim. Hofrath, Dr. **v. Wächter** in Leipzig; Prof. Dr. **Wilda** in Breslau; Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath ꝛc. **v. Zirkler** in Tübingen, und Anderen;

redigirt

von

Dr. Julius Weiske

Professor in Leipzig.

Achter Band.

Pfandrecht — Quittung.

Leipzig, 1854.
Verlag von Otto Wigand.

Pfandrecht[1]). Der Begriff des Pfandrechtes hat sich im Gebiete des classischen römischen Rechtes durch die Ausbildung zweier Institute entwickelt, die in ihrer Grundlage wesentlich verschieden sind, des Faustpfandes (pignus im engeren Sinne) und der Hypothek, von welchen das erste dem Civilrechte, das zweite dem prätorischen angehört. Im Faustpfande entsteht es durch die Uebergabe der Sache zum juristischen Besitze des Gläubigers, mit der Verpflichtung des letzteren, sie zurückzugeben, wenn er befriedigt wird. Weil es hier aber nicht ohne Einwilligung des Pfandschuldners entstehen kann, so fällt das Faustpfand unter den Gesichtspunkt der Verträge und zwar der Realverträge, welche durch Uebergabe der Sache

1) Literatur: Neuere Bearbeitungen der Lehre sind Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte, 3. Ausg. Leipzig 1800. 8. (Es enthält einen vorzüglichen Quellenapparat und sehr gute Literaturnachweisungen aus der älteren Zeit.) v. Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld Bd. 18, S. 161 flg., Bd. 19. Gesterding, die Lehre vom Pfandrechte nach Grundsätzen des römischen Rechtes, 2. Ausg. Greifswald 1831. 8. (im ganzen wenig erschöpfend; Kenntniß der neueren Literatur ist die schwächste Seite des Verf., obschon gerade hier dieselbe sehr fruchtbar gewesen ist). Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes. Halle 1836. 8. (eine recht gute Zusammenstellung der Forschungsresultate der älteren und neueren Literatur, mit guten kritischen Bemerkungen über Einzelansichten, welche in die Compendien übergegangen sind). Classisch ist Büchel, civilrechtliche Erörterungen (Marburg 1834), Th. 1 (1839), Th. 2 (1. Ausg.). Die eigenthümlichen Ansichten dieses Gelehrten betreffen theils die Natur und das Wesen des Pfandrechtes; dann die Verpfändung der iura in re und die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen und sind in dem Handbuche von Sintenis mit dem Ganzen des Systems vollständig zusammengedacht und recht gut verarbeitet worden.

entstehen[2]). Dieser Pfandcontract gehört nach römischen Ansichten in die Kategorie der freien Geschäfte (bonae fidei iudicia) und erscheint von Anfang an einseitig; daher er nur nach der Seite des Pfandschuldners hin eine directe Klage erzeugt, und dem Pfandgläubiger nur, wenn gewisse Umstände, wie Auslagen auf die Sache u. s. w. hinzutreten, eine conträre Klage zu Wege bringt. Das Wesen der Hypothek hingegen besteht in dem Grundsatze des prätorischen Rechtes, daß eine Uebereinkunft, wodurch eine Sache dem Anderen verpfändet wird, auch ohne das Hinzutreten der Besitz- oder Eigenthumsübergabe juristisch wirksam sein[3]), und dem Pfandgläubiger alle die Rechte am Pfande sichern soll, welche nicht von dem bereits erworbenen juristischen Besitze der verpfändeten Sache abhängig sind[4]). Erst auf diesem Wege ward es möglich, das Pfandrecht vom Besitze und Eigenthum abzulösen und als ein selbstständiges Recht an der Sache darzustellen. Der Weg, welchen die juristische Doctrin hier bezeichnet hat, ist folgender: die Hypothek als das jüngere Institut, welche das Pfandrecht in seiner Reinheit darstellt, griff in das Gebiet der älteren Verpfändungsweise durch Faustpfand insofern hinüber, als hier schon an und für sich die bloße Uebereinkunft ein Pfandrecht begründet, dergleichen auch in jedem Faustpfande von selbst vorliegt, und dieß führte hauptsächlich zu folgenden Einzelresultaten: daß die dingliche Pfandklage von der Hypothek auch auf das Faustpfand ausgedehnt ward[5]); daß ferner der Kreis der verpfändbaren Gegenstände augenscheinlich erweitert ward theils durch die Möglichkeit, Sachen zu verhypotheciren, welche man lediglich in bonis hat, theils durch die Aufnahme von unkörperlichen Sachen, selbst der Obligationen in die Reihe der Gegenstände, welche das Object des Pfandnexus werden können; daß sodann auch die Möglichkeit gegeben war, ganze Gütercomplexe, überhaupt Sachen, die nur mit einem Collectivnamen bezeichnet werden, zum Gegenstande des Pfandnexus zu

---

2) L. 1. §. 6. D. de oblig. et act. (44. 7.) §. 4. J. quibus modis re (3. 15.) vgl. mit L. 9. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 229 flg.

3) L. 1. D. 13. 7. L. 4. D. de pignor. (20. 1.) L. 17. §. 2. D. de pactis. (2. 14.) L. 44. §. 5. D. de usurp. (41. 3.) L. 2. C. quae res pignori. (8. 43.)

4) L. 9. §. 2. D. de pign. act. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem (Ulpianus). Nach Puchta's Bemerkung (Curs. der Instit. II. S. 697) ist vor nec possessio etwas ausgefallen, wie das nec erweist; wahrscheinlich nec dominium (zur Bezeichnung der fiducia, welche pignoris iure contrahirt ward und Eigenthum übertrug).

5) L. 5. §. 1. L. 13. §. 3. D. de pignor. et hypoth. (20. 1.), beides aus Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam. Ferner L. 4. D. ibid. L. 4. D. de fid. instrum. (22. 4.) aus Caius, libro singulari de formula hypothecaria. L. 17. D. de pignoribus. (20. 1.) L. 18. C. de pignoribus et hypothecis. (8. 14.)

erheben, indem man lehrte, daß dann die unter die bezeichnete Gattung fallenden Sachen ebenso wirksam dem Pfandrechte unterliegen, wie wenn sie speciell aufgeführt wären; daß endlich auch neue Entstehungsarten des Pfandrechtes aufkamen, indem man theils die Wirkung des Pfandvertrages auf Fälle übertrug, in welchen kein Vertrag abgeschlossen werden konnte, z. B. auf das durch Testament bestellte Pfandrecht[6]), auf das pignus praetorium, was durch in bona missio entsteht[7]), und das pignus ex causa iudicati captum[8]); theils in Fällen, wo ein solcher Vertrag möglich gewesen wäre, den Abschluß eines Pfandvertrages vermuthete, und somit Veranlassung zur Einführung der gesetzlichen (oder stillschweigenden) Pfandrechte gab, welche lediglich auf Rechtsvorschrift beruhen und durch das spätere Constitutionenrecht so vielfach fortgebildet worden sind[9]). — Aus diesen Bemerkungen über die Geschichte des Pfandrechtes ergibt sich so viel als gewiß, daß die Einzelbefugnisse, welche darin liegen, lediglich von den Fällen abstrahirt werden können, in denen dasselbe für sich allein besteht und von der Uebertragung des juristischen Besitzes der Pfandsache an den Pfandgläubiger unabhängig erscheint. Diese Befugnisse lassen sich aber auf folgende Punkte zurückführen: das Recht auf den Besitz, d. h. das Recht, den Besitz der verpfändeten Sache zu verlangen, wenn die Pfandschuld nicht bezahlt wird oder sonst deßhalb keine Satisfaction erfolgt ist und das Verkaufsrecht, welches unter gleichen Bedingungen zusteht und die Befugniß einschließt, sich im Nichtzahlungsfalle aus dem gelösten Werthe der Pfandsache vor allen Anderen bezahlt zu machen. Die erste Befugniß, das Recht auf den Besitz, ist nicht bei dem Faustpfande entstanden, welches nur durch Uebertragung des juristischen Besitzes an den Pfandgläubiger verwirklicht werden kann, sondern vielmehr auf dem Wege der hypothekarischen Realklage[10]), welche späterhin auch dem Faustpfandgläubiger gegeben ward, einerlei, ob er den einmal erworbenen

---

6) L. 26. pr. D. de pign. actio. (13. 7.) Hier beruft sich Ulpian noch ausdrücklich auf kaiserliche Rescripte zur Rechtfertigung des testamentarischen Pfandrechtes, und zwar auf solche, welche seinen nächsten Kaisern angehören.

7) L. 26. pr. D. 13. 7. Hier wird die Annahme des praetorium pignus erst durch die Analogie des testamentarischen Pfandrechtes gerechtfertigt. Die Ausdehnung der hypothekarischen Klage auf diesen Fall ist erst neueres Recht seit Justinian. L. 2. C. de praet. pign. (8. 22.)

8) L. 1. C. si in causa iud. (8. 23.) Hier anerkennt Caracalla die Gleichstellung desselben mit dem Conventionalpfande, weil in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis.

9) Die stillschweigenden Hypotheken werden auf die regelmäßige Entstehung des Pfandes durch Vertrag zurückgeführt. Dig. tit. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. (20. 2.) L. 4. pr. D. de pactis. (2. 14.) L. 7. C. in quibus causis pignus. (8. 15.)

10) L. 2. C. de praet. pign. Vgl. L. 17. D. de pign. (20. 1.)

Besitz durch Zufall oder ohne diesen lediglich durch seine Schuld verloren hatte [11]). Sie ist aber bei dem reinen Pfandrechte so wesentlich, daß, wo sie aufhört, auch das Erlöschen des Pfandrechtes angenommen wird [12]). Die zweite Befugniß, das Verkaufsrecht, liegt wesentlich außer dem Kreise des prätorischen Pfandsystems. Sie kommt bereits bei dem Faustpfande entschieden vor, und wird von den classischen Juristen auf eine besondere Vertragsbestimmung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner zurückgeführt [13]), womit es dann weiterhin zusammenhängt, daß der Pfandgläubiger bei dem Veräußerungsacte selbst als Procurator des Pfandschuldners behandelt wird [14]). Und wenn sie im Justinianischen Pandektenrechte bei jedem Pfandvertrage sich von selbst versteht, soweit nicht das Gegentheil durch ausdrückliche Convention der Parteien festgesetzt worden ist [15]), so stammt es gleichwohl auch hier nicht immer aus der eigentlichen Pfandconvention, sondern lediglich aus einem Nebenvertrage desselben, welcher entweder ausdrücklich hinzugefügt sein kann oder regelmäßig dabei sich von selbst versteht. In der älteren Theorie hat man umgekehrt das Verkaufsrecht als das einzige Merkmal des eigentlichen Pfandrechtes gelten lassen wollen, allein entschieden wohl mit Unrecht, weil man sonst in einen unauflöslichen Widerspruch mit den Rechtsquellen der classischen Zeit gerathen würde. Die Analogie der fiducia pignoris iure contracta entscheidet nicht für diese Meinung, weil hier volles Eigenthum an der Pfandsache übergeht, mithin auch das Verkaufsrecht; von dem Pfandrechte aber ausdrücklich versichert wird, daß es mit der Eigenthumsfrage gar nichts zu thun habe und ganz davon abgetrennt werden müsse [16]).

Hiernach stellt sich das reine Pfandrecht des classischen Pandektenrechtes dar als die Befugniß des Gläubigers, sich den Besitz der Pfandsache zu verschaffen, sie zu verkaufen und sich aus dem Erlöse derselben bezahlt zu machen, falls die Hauptschuld, wofür das Pfand bestellt ist,

---

11) L. 2. C. de praet. pign. (8. 22.)

12) Sehr sprechend ist hier das Zeugniß des Caius in L. 27. pr. D. de noxal. act. (9. 4.) Vgl. Büchel, über die Natur des Pfandrechtes S. 137 flg.

13) Caius, inst. II. §. 64.; daraus §. 1. J. quibus alienare. (2. 8.) — L. 114. §. 12. D. de leg. I. (30.) L. 6. §. 8. D. de comm. divid. (10. 3.) L. 14. §. 5. D. 44. 3. L. 73. D. de furt. (47. 2.) Namentlich die letzte Stelle spricht vom Vorkommen des Verkaufsrechtes bei dem Faustpfande. Vgl. Büchel a. a. O. S. 83 flg.

14) L. 29. §. 2. D. fam. hercisc. (10. 2.)

15) L. 4. D. 13. 7.

16) Dieß ist der Sinn der merkwürdigen Worte in L. 44. §. 5. D. de usurpat. (41. 3.): — ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur, und in L. 1. §. 2. D. de pign. (20. 1.) Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur.

nicht abgetragen wird. Ob es hiernach als ein ius in re oder aber als ein obligatorisches Verhältniß angesehen werden müsse, das ist eine Controverse, welche in neuerer Zeit vielfach besprochen worden ist. Einige charakterisiren es als ein dingliches Forderungsrecht, d. h. als eine Obligation gegen die Sache, welche hier der eigentliche Schuldner sei [17]; freilich bekümmert man sich dann wenig um die darin liegende Corruption des römischen Obligationsbegriffes und die damit verbundene Erhebung der Sache zur Person. Andere thun dieß wieder in dem Sinne, daß jeder Besitzer des Pfandes als Schuldner aus dem Pfandverhältnisse zu betrachten ist [18]). Als Hauptgründe für diese Ansichten gilt einestheils der Quellensprachgebrauch, wornach der Act der Verpfändung und selbst das Pfandrecht immerwährend mit dem Ausdrucke obligatio bezeichnet, auch das Verpfänden selbst mit den Worten rem, pignus, hypothecam obligare, oder rem pignore oder pignoris iure obligare oder rem in obligationem deducere; sodann bezieht man sich auf den Complex vieler einzelnen Rechtssätze im Pfandrechte, die lediglich vom obligatorischen Standpunkte aus sich hinreichend erklären lassen, wie z. B. daß es durch bloßen Vertrag begründet werden kann; daß es keinen Besitz oder Quasibesitz des Pfandrechtes gibt, sondern nur einen Besitz der verpfändeten Sache, folgeweise auch keine Entstehung des Pfandrechtes durch Verjährung denkbar ist, und daß es nicht durch Procuratoren erworben, auch nicht im eigentlichen Sinne des Wortes reservirt werden kann. Noch Andere [19]) endlich behandeln das Pfandrecht ohne weiteres als ein ius in re aliena, was sie dem Eigenthum, Servituten und anderen an die Seite setzen, theils weil es überall in den römischen Rechtsquellen mit dem Eigenthum und unter den Rechten an Sachen erwähnt wird [20]), theils wegen der mit dem Pfandrechte unzertrennlich verbundenen in rem actio, an deren Fortdauer dasselbe geknüpft ist, und mit deren Wegfall es erlischt. Wir halten den ganzen Streit für müssig, da es sich bei der Frage, ob das Pfandrecht ein ius in re ist, nicht um einen römischen, sondern vielmehr um einen erst von der neueren Doctrin gebildeten Begriff handelt, welcher aus einer leeren Abstraction der Begriffe in rem und in personam actio entstanden und lediglich vom Actionengebiete rückwärts erst zu einem allgemeinen Rechtsbegriffe erhoben worden ist (vgl. den Art. obligatio in diesem Werke Bd. VII, S. 413 flg.). Allein damit ist noch nicht behauptet, daß das Institut nicht in das Obligationenrecht gehört, wozu es doch

---

17) Vgl. Büchel, über die Natur des Pfandrechtes (1833), in dessen civilrechtlichen Erörterungen I. 2.

18) So Sintenis a. a. O. §. 2.

19) Dieß ist die Theorie aller älteren Rechtslehrer. Neuerdings haben sich wieder Puchta, Cursus der Instit. II. S. 710, Schilling, Lehrbuch der Institutionen II. S. 679 dafür erklärt.

20) L. 19. pr. D. de damno inf. (39. 2.) L. 30. D. de noxal. act. (9. 4.)

wohl seinem eigentlichen und normalen Entstehungsgrunde nach (Faustpfand und einfacher Vertrag) gerechnet werden muß, wenn auch die Hauptwirkung desselben — das Recht auf den Besitz — erst bei Gelegenheit der in rem actiones begründet werden kann. Daß es aber eine reine Obligation sei, wie Kauf und Miethe, kann schon wegen des römischen Obligationsbegriffes nicht behauptet werden, welcher lediglich in der wechselseitigen Beziehung zweier oder mehrerer Personen rücksichtlich einer Leistungspflicht besteht, also den Begriff der obligatio rei, wie ihn die Neueren gestaltet haben, ausschließt (vgl. dieses Werk Bd. VII, S. 403 flg., 417 flg.). Vielmehr geht es durch die natürliche Verbindung, in welcher es mit der prätorischen in rem actio steht, gewissermaßen über die Grenzen der Obligationen hinaus, weil jeder Besitzer der verpfändeten Sache unter Umständen zur Auslieferung dieses Besitzes an den Pfandgläubiger angehalten werden kann, gerade in der Weise, wie dieß in der Emphyteuse und Superficies der Fall ist, welche normalmäßig auch nur auf dem Wege des Vertrages entstehen und gleichwohl durch die mit dem Institute verbundenen dinglichen Klagen dem Emphyteuta und Superficiar Rechte sichern, welche er gegen jeden dritten Besitzer der Sache geltend machen darf.

Die allgemeinen Grundsätze, welche vom reinen Pfandrechte gelten, lassen sich am übersichtlichsten auf folgende Einzelpunkte zurückführen: a) das Pfandrecht ist seiner Natur nach ein accessorisches Recht, d. h. es hängt in seinem Entstehen und in seiner Fortdauer ab von der Existenz einer giltigen Forderung, auf welche es sich gleichwie auf die Hauptsache bezieht, und zu deren Bestärkung es eingegangen wird. Man sieht dieß aus folgenden Einzelanwendungen. Hängt die Hauptforderung von einer Suspensivbedingung ab, so convalescirt das Pfand nicht eher, als bis jene Suspensivbedingung in Erfüllung geht[21]). Bedarf die Hauptobligation zu ihrer Existenz einer obligatorischen Numeration, so fällt bei unterlassener Numeration auch das dafür im voraus bestellte Pfandrecht hinweg[22]), und dann kann der Verpfänder ohne weiteres die Eigenthumsklage brauchen. Ist die beabsichtigte Hauptobligation nach dem Inhalte der Gesetze ungiltig, so daß daraus nicht einmal eine naturale Verbindlichkeit zurückbleibt, so kann von irgend einer Wirkung der dafür bestellten Pfandrechte nicht weiter die Rede sein[23]). Diese Beziehung auf die Hauptschuld ist dem Pfandrechte so eigenthümlich, daß es nicht einmal aufhört, sofern nur irgend etwas daraus zurückbleibt, obschon der größte Theil davon abgetragen worden ist[24]). Ja, wenn der Con-

21) L. 4 u. 5. D. de pignoribus. (20. 1.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 34 flg.
22) L. 1 u. 2. C. si pignoris conv. (8. 33.)
23) L. 2. D. quae res pignori. (20. 3.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 57 flg.
24) L. 6. C. de distr. pign. (8. 28.) L. 2. C. debitorem venditionem. (8. 29.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 435.

sens des Pfandschuldners nicht ausdrücklich auf das Capital restringirt worden, haftet das Pfand zweifelsohne auch für die Accessionen desselben, wie versprochene Zinsen und Verzugszinsen, Conventionalstrafe, Verwendungen auf die Pfandsache u. s. w.[25]) Uebrigens ist nicht gerade nöthig, daß die Hauptobligation unter den nämlichen Personen existirt, welche in dem Pfandnexus zu einander stehen, wofern nur die Person des Gläubigers in beiden Verhältnissen identisch ist[26]); denn auch für fremde Obligationsschulden kann man ohne weiteres eigene Sachen verpfänden. Ebensowenig wird verlangt, daß die Hauptobligation juristisch vollwirksam ist; vielmehr kann ein Pfandrecht eingeräumt werden auch für eine naturale Verbindlichkeit und zwar auch hier, wie es nach dem Zusammenhange des Ganzen scheint, mit der Wirkung, daß nicht blos die Retention des Pfandes, sondern auch pignoris persecutio auf dem Wege der Pfandklage möglich ist[27]). Selbst für Verbindlichkeiten, welche von einer Suspensivbedingung abhängen und für künftige Forderungen, was die classischen Juristen auf Obligationen mit einem Zeittermine bezogen haben, kann eine Pfandbestellung vorkommen[28]). Gleichgiltig ist endlich auch der Gegenstand der Hauptobligation, ob er in einer Summe baaren Geldes oder in anderen Sachen besteht, oder in einem facere, d. h. in einer Leistung außer dem Gebiete der Eigenthumsübertragung. 2) Der Zweck des Pfandrechtes ist, dem Gläubiger im voraus ein Befriedigungsobject zu sichern. Bezüglich dessen kann er alle anderen Gläubiger des Pfandschuldners ohne Ausnahme ausschließen, bis er vollständig für seine Forderung gedeckt ist. Insofern wird die Trennung des verpfändeten Gutes aus dem Vermögen des Pfandschuldners für den Pfandgläubiger unschädlich gemacht, und ihm ein leichterer und bequemerer Weg der Befriedigung geöffnet, als durch das allgemeine Recht auf die Vermögensexecution des classischen Rechtes, die sogen. missio in bona (vgl. den Art. bonorum possessio in diesem Werke Bd. II, S. 287). Unter Umständen bedarf er zu diesem Zwecke nicht einmal der Mitwirkung der Obrigkeit, und durch besondere Verabredung kann ihm dieser Weg der Befriedigung noch mehr geebnet werden, als dieß schon dem Rechte nach der Fall ist. In diesem Sinne hat die Bestellung des Pfandrechtes eine unverkennbare Analogie mit der Annahme von Bürgen. Beides bezweckt die größtmöglichste Sicherheit des Hauptgläubigers dafür, daß

---

25) L. 8. §. 5. L. 11. §. 3. D. de pignor. act. (13. 7.) L. 13. §. 6. D. de pignoribus. (20. 1.) L. 6. C. de pignoribus et hypoth. (8. 14.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 456 flg.

26) L. 28. L. 33. D. de pignor. (20. 1.)

27) L. 59. pr. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) So schon Francke, civil. Abhandlungen S. 81 flg. Anderer Meinung ist Weber, natürliche Verbindlichkeit §. 107. Dagegen Sintenis a. a. O. S. 44 flg.

28) L. 89. D. de V. O. (45. 1.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 59 flg.

die Hauptschuld zur gehörigen Zeit werde abgetragen werden; beides gibt ihm, wenn die Hauptobligation des Klagschutzes entbehrt, in, mit und durch ihre Existenz ein indirectes Zwangsmittel an die Hand, um jene Abtragung oder wenigstens seinen Entschädigungsanspruch dafür zu realisiren. 3) Dem Pfandrechte kommt die Eigenschaft der Untheilbarkeit zu[29]. Hiermit soll nicht gesagt sein, daß nicht schon ein bloßer Theil einer Sache verpfändet oder auch lediglich für einen Theil einer Hauptschuld ein Pfand bestellt werden könne (beide Behauptungen sind nach dem speciellen Inhalte des classischen Pandektenrechtes erweislich falsch), sondern es geht der Grundsatz lediglich auf bereits bestehende Pfandrechte und ihre Beziehung auf die Hauptschuld, die insofern solidär ist, als der ganze Umfang des einmal constituirten Pfandrechtes für jeden Einzeltheil der Hauptschuld forthaftet. Dieß blickt am klarsten durch folgende Einzelanwendungen hindurch. Eine bloße Abschlagszahlung, welche auf die Hauptschuld geleistet wird, vermag das dafür bestellte Pfandrecht weder aufzuheben, noch seinem Bestande nach zu schwächen. Damit hängt es zusammen, daß, wenn mehrere Sachen für eine Forderung verpfändet sind, keine derselben frei wird, als bis die Forderung vollständig getilgt ist[30]; daß, wenn das Pfandrecht für mehrere Schuldner zusammen bestellt ist, durch die Abzahlung der einen Schuld das Recht der übrigen Pfandgläubiger nicht geschwächt wird[31]. Ebensowenig hat es Einfluß auf den Bestand des Pfandrechtes, daß ein Theil der Hauptforderung nicht sowohl durch Solution, als vielmehr durch rechtliche Nothwendigkeit getilgt wird. Eine Anwendung davon ist, daß, wenn der Gläubiger seinen Schuldner mit Anderen zugleich beerbt, und somit sein Antheil an der Forderung verhältnißmäßig erlischt, dieß das Pfandrecht unberührt läßt, sondern das letztere in seinem ursprünglichen Bestande auch für den bloßen Ueberrest unverändert fortdauert[32]. Ferner leidet der Bestand des Pfandrechtes nicht dadurch, daß die Hauptobligation durch Erbgang activ oder passiv in eine Mehrheit von Einzelobligationen zerspalten wird. Activ; denn wenn der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, so kann jeder zwar die persönliche Klage wider den Schuldner nur auf seinen Antheil erheben, allein für diesen Antheil das Pfand solidarisch in Anspruch nehmen[33]. Passiv; weil jeder von einer Mehrzahl von Miterben, die zu der Erbschaft des Hauptschuldners concurriren, zwar in der persönlichen Schuld-

---

29) L. 65. D. de evict. (21. 2.): propter indivisam pignoris causam. Die Neueren sagen: natura pignoris est individua. Vgl. Sintenis a. a. O. S. 18 flg.

30) L. 19. D. de pign. (20. 1.)

31) L. 16. C. de distr. pign. (8. 28.)

32) L. 1. C. de hered. actionibus. (4. 16.)

33) L. 1. C. si unus ex pluribus. (8. 32.)

klage nur auf seinen Antheil belangt werden kann, allein wenn er das dafür bestellte Pfand entweder ganz oder zum Theil besitzt, das, was er davon besitzt, ganz bei der Anstellung der dinglichen Pfandklage herauszugeben hat, wofern er nicht die Hauptforderung in ihrem ganzen ursprünglichen Umfange berichtigt[34]. Sodann ist es eine allgemeine Folgerung aus der Untheilbarkeit des Pfandrechtes, daß, wenn Mehrere eine ererbte Sache gemeinschaftlich verkaufen, im Falle der Entwährung wegen eines auf der Sache haftenden Pfandrechtes jeder Einzelne dem Käufer auf das Ganze haftet, selbst wenn sie die Haftung lediglich nach Maßgabe ihrer Erbantheile zugesagt haben[35]. 4) **Die Pfandeigenschaft erstreckt sich auf das juristische Begriffsganze der verpfändeten Sache gleichmäßig, wie auf dessen integrirende Theile.** Den Beweis für das Gesagte finden wir in folgenden Thatsachen. Einmal in der juristischen Behandlung der Sachen, welche einen integrirenden Bestandtheil des Begriffsganzen ausmachen. So vermehren Alluvionen des verpfändeten Grundstückes objectiv den Bestand des Pfandrechtes[36]; ebenso unterliegt das Gebäude, was auf das verpfändete Grundstück nach der Verpfändung gebaut ist, dem Pfandnexus des Grundstückes[37]; selbst der Nießbrauch, welcher nach der Verpfändung der bloßen Proprietät an den Pfandschuldner zurückfällt u. s. w.[38]. Ueberhaupt ist die Umgestaltung und Veränderung an unbeweglichen Sachen für das Pfandrecht völlig gleichgiltig. Noch mehr treten diese Regeln hervor bei den sogen. universitates rerum distantium, wie Heerden, Bibliotheken u. s. w. Hier sind alle Einzelsachen, welche nachmals zum Begriffsganzen als dessen integrirende Theile hinzutreten, dem Pfandrechte, was auf dem Ganzen ruht, verhaftet[39]. Auch werden alle zur Zeit der Verpfändung bereits vorhandenen Einzeltheile der Sache von dem auf das Ganze gelegten Pfandrechte so ergriffen, wie wenn sie einzeln verpfändet wären. Eine Ausnahme davon kann nur durch ausdrückliche Verabredung begründet werden oder durch stillschweigende Vermuthung in folgenden Einzelfällen. Bei der Verpfändung einer Taberne, d. h. eines Waarenlagers zum Behufe des Handelsbetriebes wird nur die Fortdauer des Pfandrechtes an dem Ganzen, ohne Rücksicht auf die jedesmaligen Einzeltheile angenommen und deren Bestandtheile kommen nicht nach dem Zeitpunkte der Verpfändung, sondern nach dem Momente in Betracht,

---

34) L. 2. C. ibid. L. 1. C. de luitione pign. (8. 31.)
35) L. 65. D. de evict. (21. 2.)
36) L. 16. pr. D. de pign. (20. 1.) L. 18. §. 1. D. de pignor. act. (13. 7.)
37) L. 21 D. de pign. act. (13. 7.)
38) L. 18. §. 1. D. ibid.
39) L. 13. pr. D. de pign. act.

wo das Pfandrecht geltend gemacht wird[40]); das hängt wahrscheinlich mit dem Umstande zusammen, daß die Einzeltheile eines solchen Begriffsganzen schon ihrer Natur und Bestimmung nach einem öfteren Wechsel unterworfen sind, indem bei dem Acte der Verpfändung selbst der Verkauf der Waaren im einzelnen gestattet und die Wiederanschaffung anderer zur Completirung des Lagers überall vorausgesetzt wird. In ähnlicher Weise werden auch die Invecten und Illaten, welche dem Vermiether für die Abzahlung des Miethzinses haften, im einzelnen lediglich nach dem Zeitpunkte beurtheilt, wo das Pfandrecht geltend gemacht wird[41]). Am stärksten tritt der Grundsatz bei der Behandlung der Generalpfänder heraus, welche die ganzen Güter des Schuldners umfassen. Eine consequente Durchführung des Satzes, daß hier alle Einzeltheile der Güter so behandelt werden, wie wenn sie speciell verpfändet wären, führte zu der Ansicht, daß es sich auf alle Vermögensstücken erstreckt, welche zur Zeit der Verpfändung vorhanden waren (daher spätere Veräußerungen dem Pfandrechte keinen Eintrag thun)[42]); außerdem ward aber das Pfandrecht auch auf alle später erworbenen Vermögensstücke bezogen, weil diese Einzeltheile des Gütercomplexes geworden sind; wenigstens ist dieß nach einer speciellen Verordnung Justinian's auch dann überall der Fall, wo bei Bestellung des Pfandrechtes die künftigen Güter des Pfandschuldners nicht ausdrücklich als Gegenstand des Pfandrechtes erwähnt sind[43]). — Als ein Theil des juristischen Begriffsganzen gelten endlich auch die natürlichen Erzeugnisse der Sache, die Früchte. Hier gilt nämlich der allgemeine Grundsatz, daß sie, wofern sie nicht ausdrücklich vom Pfandnexus ausgenommen sind, demselben immer unterliegen, wie wenn sie stillschweigend zugleich mit der Hauptsache verpfändet wären[44]); das nun ist aber lediglich eine Ausdehnung der Grundsätze, welche schon damals von dem Sclavenkinde allgemein anerkannt waren, weil man es von den Früchten auszuscheiden und nach Analogie der wirklichen Einzeltheile der verpfändeten Sache zu behandeln gewohnt war[45]). Ganz verschieden ist die Frage, welche Sachfrüchte bei der Anstellung

---

40) L. 34. pr. D. de pignor. (20. 1.) Vgl. Mühlenbruch, im Archive für civ. Praxis Bd. 17, S. 378.

41) L. 9. D. in quibus causis. (20. 2.) Vgl. dazu Glück a. a. O. Th. 18, S. 230.

42) L. 47. pr. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 17. C. de distr. pign. (8. 28.)

43) L. 7. §. 1. L. 21. pr. D. qui pot. (20. 4.) L. 9. C. quae res pignori. (8. 17.)

44) Für das classische Recht galt dieß weder für die Früchte, noch für das Sclavenkind. Paullus, sent. recept. II. 5. §. 2. Für das Justinianische Recht ist die Sache außer Zweifel. L. 3. C. in quibus causis pignus. (8. 15.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 461.

45) L. 26. §. 2. L. 29. §. 1. D. de pign. act. L. 1. pr. D. de Salv. interd. (43. 33.) L. 1. C. de partu pignoris. (8. 25.)

der hypothekarischen Klage auf die Hauptsache zu restituiren sind. Diese Frage gehört überall nicht hierher, sondern kann erst in der Lehre von den Pfandklagen beantwortet werden. — Allein die Regel, welche wir jetzt in ihrer vollen Anwendung kennen gelernt haben, läßt sich auch umkehren und daraus der Satz ableiten, daß der Pfandnexus sich auf Alles das nicht bezieht, was vom Begriffsganzen der verpfändeten Sache auszuscheiden ist, weil es nicht als Theil desselben angesehen werden kann. Die Wahrheit dieses Satzes ergibt sich aus folgenden Einzelanwendungen. Dem Pfandnexus unterliegt nicht, was durch den Umsatz der verpfändeten Sache erworben und angeschafft worden ist[46]; ebensowenig, was aus dem Verkaufe der Früchte gewonnen wird; ferner Alles, was nur vorübergehend mit der Pfandsache in Verbindung und Zusammenhang gebracht wird[47]; endlich auch nicht neue Sachen, welche durch Umgestaltung aus dem Pfande entstanden sind, außer wenn das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist[48]. Das Nämliche galt in älterer Zeit auch für die Früchte, welche durch die Trennung von der Pfandsache ein selbstständiges Ganzes geworden waren[49]; auch für das Sclavenkind, sofern es nicht im Gewahrsam des Verpfänders zur Welt gekommen war[50]; allein im Justinianischen Rechte sind beide Arten von Sachen auch nach ihrer Absonderung von der Pfandsache als wesentlicher Theil des Begriffsganzen anerkannt und somit der Pfandnexus auch darauf mit erstreckt worden. — 5) Der Wechsel des Eigenthums von dem Pfandschuldner abwärts hat auf das Bestehen und Erlöschen des Pfandrechtes keinen Einfluß. Anwendungen dieses Satzes kommen vor bei der Usucapion und Präscription, die, wenn sie einen Wechsel des Eigenthums herbeiführen, gleichwohl dem Bestehen des Pfandrechtes keinen Eintrag thuen[51]; ferner bei der Erstreckung des Pfandrechtes auf Nebensachen, welche erst im Gewahrsam eines zweiten Eigenthümers zur Existenz kommen, z. B. Früchte, Sclavenkinder[52]; endlich bei dem Verkaufe der Pfandsache durch den Pfandschuldner oder einen Dritten, wo der Verkauf das auf der Sache haftende Pfandrecht nicht zerstört, sondern nur die Wirkung hat, daß die Sache cum sua causa auf den neuen Eigenthumserwerber übergeht[53]. Fragen wir nach dem

---

46) L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 3. C. in quibus causis. (8. 15.)

47) L. 7. §. 1. D. ibid. L. 32. D. de pignoribus. (20. 1.)

48) L. 18. §. 3. D. de pignor. act. (13. 7.)

49) Paullus, sent. recept. II. 5. §. 2.

50) Derselbe in L. 29. §. 1. D. de pignoribus. (20. 1.)

51) L. 1. §. 2. D. de pignor. (20. 1.) L. 44. §. 5. D. de usurpat. (41. 3.)

52) L. 1. §. 2. D 20. 1.

53) L. 18. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.) L. 15. C. de pignor. (8. 14.) L. 17. C. de distr. pign. (8. 28.) L. 10. C. de remiss. pign. (8. 26.) L. 1. C. de precar. (8. 9.)

Grunde dieser Eigenthümlichkeit, welche das Pfandrecht gegen das Eigenthum abgrenzt, so werden wir von selbst darauf hingeleitet, daß beide Rechte ihrer Natur nach grundverschieden sind, was schon in der Fassung der deßhalb zuständigen formulae sehr entschieden ausgedrückt ist [54]); daß ferner beide eigenthümliche Entstehungsgründe haben, welche in ihrer äußeren Erscheinung mit einander nichts gemeinsam haben [55]), woraus nach der Ansicht der römischen Juristen dann weiterhin folgt, daß auch die Erlöschungsgründe des Pfandrechtes mit denen des Eigenthums nicht zusammenfallen.

Das Detail der Pfanddoctrin wird sich am einfachsten entwickeln lassen, wenn wir zunächst folgende Einzelfragen beantworten: was für Sachen können verpfändet werden? hierauf die Entstehungsgründe des Pfandrechtes in Erwägung ziehen, wobei zugleich die einzelnen Arten des Pfandrechtes eingereiht werden können; sodann die Wirkungen des Pfandrechtes nach der Seite des Pfandgläubigers und Pfandschuldners hin im einzelnen erörtern; hierauf die Beendigung und die speciellen Aufhebungsgründe des Pfandrechtes in Erwägung ziehen; endlich das Zusammentreffen einer Mehrheit von Pfandrechten an einer und derselben Sache genauer betrachten, bei welcher Gelegenheit auch die Lehre von der Collision der Pfandgläubiger unter sich erörtert werden mag. Zuletzt wird sich noch Raum finden, um einzelne gesetzlich ausgezeichnete Arten des Pfandrechtes genauer zu erörtern.

Die erste Frage: **welche Sachen verpfändet werden können**, ist in folgender Weise zu beantworten. So lange der Pfandnexus nur in der fiducia bestand, konnten lediglich Sachen, die im quiritarischen Eigenthum standen und Gegenstand der Eigenthumsübertragung waren, Object desselben sein. Mit dem Aufkommen des Faustpfandes, welches den juristischen Besitz überträgt, war die Beschränkung gegeben, daß nur Sachen verpfändet werden können, welche des juristischen Besitzes fähig sind. Als das prätorische Edict und die nachhelfende Doctrin die dingliche Pfandklage ausbildete, kam die Regel auf, daß alle Vermögensgegenstände, deren Erwerb auf dem Wege des Kaufes nicht verboten ist, zum Pfandobjecte erhoben werden können [56]) — und diese Regel nun ist als die Grundlage des classischen Pandektenrechtes zu behandeln. In diesem Sinne ist eine Verpfändung denkbar an Forderungen, an bereits

---

54) Dieß sagt auch L. 1. §. 2. D. de pign. et hypoth. ausdrücklich mit den Worten: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur (Papinianus lib. 2. Respons.).

55) L. 44. §. 5. D. 41. 3. — ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur (Papinianus lib. 23. responsorum).

56) L. 1. §. 1. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 9. §. 1. D. de pign. (20. 1.) Die Beschränkung auf Vermögensgegenstände findet sich in L. 6. C. quae res pign. (8. 17.)

bestehenden Pfandrechten, Servituten, Vectigalgrundstücken, Emphyteusen, Superficies, käuflichen Aemtern (militiae), sogar an einem ganzen Vermögen. Wegen Exemtion aus dem Commercium sind ausgeschlossen alle res divini iuris [57]); indessen können schon nach römischem Rechte wenigstens die heiligen Gefäße, welche der Kirche gehören, ausnahmsweise natürlich unter Einhaltung der Vorschriften, welche überhaupt von der Veräußerung des Kircheneigenthums gelten, verpfändet werden zur Loskaufung gefangener Christen aus den Händen der Barbaren, zur Ernährung und Unterhaltung der Armen bei eingetretener Hungersnoth oder zur Bezahlung drückender Kirchenschulden [58]), und das hat das Kirchenrecht nicht blos auf alle anderen Kirchensachen ausgedehnt, sondern überhaupt als giltige Veräußerungs- und Verpfändungsgründe aller Kirchensachen anerkannt die Nothwendigkeit, die in den Umständen der Kirche vorliegt; den sichtbaren Nutzen der Kirche, auch überhaupt die Verrichtung eines Werkes der christlichen Liebe. Aus demselben Grunde kann die Verpfändung von res litigiosae mit der exceptio litigiosi rückgängig gemacht werden [59]). Deßhalb sind ferner Dotalgrundstücke für die Dauer der Ehe von Seiten des Mannes nicht einmal unter ausdrücklicher Einwilligung der Frau verpfändbar, sie müßten ihm denn kaufweise ästimirt überlassen sein [60]). — Wegen eines speciellen Veräußerungsverbotes unterliegen ferner Mündelsachen bei der Verpfändung den nämlichen Beschränkungen, wie bei dem Verkaufe; ganz entzogen sind aber dem Pfandnexus die Sachen, deren künftige Veräußerung oder Verpfändung durch eine Verfügung derer untersagt ist, welche vermöge eines besonderen Verhältnisses ein solches Verbot auszubringen befugt sind. Dieß nun kann einestheils bei letztwilligen Veräußerungsverboten vorkommen, zu deren Giltigkeit indeß immer eine besondere Person vorhanden sein muß, in deren Interesse das Verbot erlassen wird [61]); ferner bei der Dation, falls wer das Eigenthum an den Anderen überträgt, durch besonderen Vertrag mit dem Empfänger der Sache die Verpfändung verbietet [62]) oder falls der Pfandschuldner mit dem Pfandgläubiger ausmacht, sich zu dessen Gunsten des Veräußerungsrechtes begeben zu wollen [63]); sodann auch bei allen richterlichen Ver-

57) L. 3. C. quae res pignori. (8. 17.) L. 21. C. de sacros. eccl. (1. 2.) L. 2. C. de relig. (3. 44.) §. 8. J. de R. D. (2. 1.).

58) L. 21. C. 1. 2. §. 8. J. 1. 2. Nov. 120. cap. 10.

59) L. 1. §. 2. D. quae res pignori. (20. 3.) Vgl. dazu den Art. Einrede in diesem Werke Bd. III, S. 732—735.

60) L. un. §. 15. C. de rei ux. act. (5. 13.) pr. J. quibus alien. (2. 8.) Den Zusammenhang mit dem früheren Rechte ergibt Caius, inst. II. §. 63.

61) L. 7. C. de rebus alienis non alien. (4. 51.) L. 114. §. 14. D. de legatis I. (30.)

62) Diesen Fall hat offenbar Justinian in L. 7. C. ibid. gemeint mit den Worten sive pactio contrahentium hoc admiserit.

63) L. 7. §. 2. D. de distr. pign. (20. 5.) Der Zweifelsgrund: quasi con-

äußerungsverboten, die theils zur Sicherung der Gläubiger, theils in anderen Fällen erlassen werden können. — Wegen Mangels der Eigenschaft, Vermögensobject zu sein, fällt die Verpfändung fort bei freien Personen und Kindern, die in der väterlichen Gewalt des Verpfänders stehen [64]; doch erhielt ausnahmsweise wer einen Anderen aus der feindlichen Gefangenschaft loskauft, bis zur Rückerstattung des Lösegeldes an der auf diesem Wege freigewordenen Person eine Art von Pfandrecht, was ihn berechtigte, den Losgekauften bei sich zu behalten und entweder das Abarbeiten des Lösegeldes oder fünfjährigen Dienst von ihm zu verlangen [65]. — Weitere Beschränkungen der Pfandfähigkeit wurzeln in besonderen Gründen, die sich unmittelbar aus den Verhältnissen und den Begriffen der Sachen ergeben. Eine solche Beschränkung tritt schon nach den classischen Pandekten bei den Realservituten hervor, von welchen die iura praediorum urbanorum überhaupt gar nicht pfandweise constituirt werden können [66], wohl aber die iura praediorum rusticorum, natürlich hier unter der Voraussetzung, daß der Pfandgläubiger ein nahe liegendes Grundstück hat, in welchem Falle dann die Hauptschuld als Kaufsumme betrachtet, deren Rückzahlung an den Pfandgläubiger als Endpunkt der constituirten Servitut bezeichnet, diesem auch beziehungsweise der Verkauf der Servitut überlassen wird [67]. An bereits bestehenden Realservituten kann der Servitutberechtigte niemals ein Pfandrecht bestellen, weil die einmal constituirte Prädialservitut weder dem Rechte noch dessen Ausübung nach vom praedium dominans getrennt werden kann [68]; bei Personalservituten trifft indeß der Grund nicht zu, und deßhalb ist eine Pfandbestellung möglich [69]. — Eine weitere Beschränkung allgemeineren Inhalts liegt in dem Satze des classischen Pandektenrechtes, daß Niemand ein Pfandrecht an einer ihm eigenthümlich zugehörigen Sache erwerben kann, ebensowenig als er sie zu kaufen, zu miethen oder bittweise zu empfangen

---

tra ius sit posita (sc. pactio) bezieht sich darauf, daß in der Regel der Vertrag ungiltig war, wenn der Paciscent, zu dessen Gunsten er abgeschlossen war, kein Interesse daran erweisen konnte. L. 61. D. de pactis. (2. 14.) Vgl. dazu Büchel, über die Verpfändung der iura in re S. 17 flg.

64) Für das Justinianische Recht steht dieß fest nach L. 5. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 6. C. eod. (8. 17.) L. 1. C. de patribus qui. (4. 43.) L. 12. C. de obligat. et act. (4. 10.) Nov. 134. cap. 7.

65) L. 2. L. 11. L. 13. C. de postl. rev. (8. 51.)

66) L. 11. §. 3. D. de pignoribus. Vgl. Büchel a. a. O. S. 84.

67) L. 12. D. de pign. Vgl. Büchel a. a. O. S. 82 flg. Ebenso ist eine pfandweise Bestellung von Personalservituten möglich. L. 11. §. 2. L. 15. pr. D. ibid. L. 11. §. 3. D. qui potiores. (20. 4.) Vgl. Büchel a. a. O. S. 92 flg.

68) Vgl. Büchel a. a. O.

69) L. 11. §. 2. D. de pign. L. 49. D. de usuris. L. 8. pr. D. quibus modis pignus (20. 6.) sprechen nur vom Nießbrauche, allein es hat kein Bedenken, dieß auch auf andere Personalservituten zu übertragen.

vermag. Wird dagegen gehandelt, so ist die Pfandbestellung nichtig [70]). Eine weitere Folge des Grundsatzes ist, daß, wenn der Pfandgläubiger hinterher das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt, sein darauf ruhendes Pfandrecht von selbst erlischt; nur bezüglich der späteren Pfandgläubiger, welche zu derselben Sache concurriren, wird nach den Grundsätzen der Billigkeit die Fortdauer des Pfandrechtes angenommen, vielleicht auf dem Wege der Exception. Man sieht dieß am klarsten aus einer Coderstelle, welche den Fall berührt, daß ein späterer Pfandgläubiger gegen einen älteren auftritt, welcher die Pfandsache vom Pfandschuldner an Zahlungsstatt angenommen oder gekauft hatte. In diesem Falle soll der zweite Pfandgläubiger sein Recht an der Sache mit der hypothekarischen Klage gegen den ersten Pfandgläubiger nur insofern geltend machen können, als er gegen ihn von dem ius offerendi und succedendi Gebrauch macht [71]). Allein ein ius offerendi wäre ohne das intellectuelle Fortbestehen des ersten Pfandrechtes überall nicht denkbar. Hiernach stellt sich auch der Gesichtspunkt heraus, von welchem die Stellen des römischen Rechtes interpretirt werden müssen, welche bestimmten Personen an einer und derselben Sache zu derselben Zeit ein Eigenthumsrecht einzuräumen scheinen [72]). Man hat nämlich dem Berechtigten dann die Wahl zu lassen zwischen der Eigenthumsklage und der Pfandklage; allein jede Einzelklage, die er wählt, schließt die andere aus, weil die Voraussetzungen der einen die andere unmöglich machen. — Aus politischen und administrativen Gründen ist die Verpfändung inhibirt: im voraus bei Sachen, welche die Athleten zum Siegeslohne erhalten sollen [73]), was indessen jetzt allgemein als unpractisch angesehen wird. Der richterlichen Abpfändung ist ferner entzogen das nöthige Ackerbaugeräthe der Landleute [74]), was eine spätere Constitution Friedrich's II. [75]) auch auf alle Privaten erstreckt hat, und nach einer sehr billigen Ausdehnung der Praxis auf Alles geht, was zur Verschaffung des nothwendigen Lebensunterhaltes unumgänglich nöthig ist, z. B. Handwerkszeug u. s. w.

Eine besondere Erwägung verdient hier noch die Verpfändung zukünftiger und fremder Sachen. Daß auch res futurae Gegenstand des Pfandnexus werden können, ist in mehreren Stellen der classischen Juristen ausdrücklich anerkannt [76]); nach dem Inhalte derselben sind

---

70) L. 45. D. de R. I. (50. 17.) L. 29. D. de pign. act. (13. 7.) L. 33. §. 5. D. de usurp. et usuc. (41. 3.)

71) L. 1. C. qui potiores in pignore. (8. 18.) Dazu Sintenis a. a. O. S. 105 flg.

72) L. 7. pr. D. qui pot. (20. 4.) L. 2. D. quando ex facto. (26. 9.)

73) L. 5. C. quae res pignori. (8. 17.)

74) L. 7 u. 8. C. ibid.

75) Auth. Frid. Agricultores zu L. 8. C. quae res pignori.

76) L. 15. pr. D. de pign. L. 11. §. 3. D. qui pot. (20. 4.)

darunter zu verstehen im Werden begriffene Früchte, ferner das künftige Sclavenkind. Von beiden gilt natürlich die Regel, daß sie lediglich von dem verpfändet werden können, welcher an der Hauptsache, welche sie erzeugen wird, im Augenblicke der Verpfändung ein sachliches Recht hat, was ihm die Befugniß gibt, über die Nebensachen zu disponiren, z. B. Eigenthum oder Nutznießung. — Die zweite Frage, ob fremde Sachen verpfändet werden dürfen, d. h. solche, welche dem Verpfänder im Augenblicke der Verpfändung nicht eigenthümlich zugehören, ist nach sehr bestimmten Zeugnissen der classischen Juristen[77]) und der römischen Kaiser[78]) schlechthin zu verneinen, so daß der ganze Verpfändungsact null und nichtig wird. Der Grund der Regel wird auf die Fassung der hypothekarischen Klage zurückgeführt, worin der Kläger allerdings zu erweisen hatte, daß die ihm verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung in bonis des Pfandschuldners gewesen sei[79]). Indessen konnte eine solche Verpfändung gleich von Anfang an giltig sein, wenn der Eigenthümer der Pfandsache dazu seine Einwilligung gab (was auch auf dem Wege der nachfolgenden Ratihabition möglich ist)[80]), oder wenn er um die Verpfändung wußte und gleichwohl dieselbe zum Betruge des Pfandgläubigers hat vor sich gehen lassen[81]). Ebenso kann sie hinterher convalesciren durch nachfolgende Erwerbung des Eigenthums von Seiten des Pfandschuldners, wenn diese Thatsache bei der Pfandbestellung als deren Suspensivbedingung erwähnt worden war[82]). Ob auch außerdem der nachfolgende Eigenthumserwerb an der Pfandsache von Seiten des Verpfänders die frühere Verpfändung rückwärts zu bekräftigen vermöge, das ist unter den neueren Juristen sehr streitig[83]). Die Sache, wie sie von den römischen Juristen dargestellt wird, ist vom Standpunkte der Pfandklage aus aufzufassen. Hier nun hatte der Kläger immer zu beweisen, daß die Pfandsache im Augenblicke der Verpfändung

---

77) L. 2. D. de pign. act. (13. 7.) L. 23. D. de prob. et praes. (22. 3.) vgl. mit L. 15. §. 1. D. de pignor. (20. 1.) Außerdem verfällt, wer wissentlich fremde Sachen verpfändet, den Strafen des Stellionatus. L. 36. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

78) L. 2. L. 4. L. 6. L. 8. C. si aliena res. (8. 16.)

79) L. 6. C. ibid.

80) L. 20. pr. D. de pign. act. (13. 7.) L. 16. §. 1. D. de pign. et hypoth. (20. 1.) L. 7. C. si aliena res. Auch stillschweigende Einwilligung ist möglich, z. B. wenn der Eigenthümer auf Geheiß des Verpfänders die Pfandurkunde concipirt hat. L. 26. §. 1. D. de pign. et hypoth. (20. 1.) L. 5. §. 2. D. in quibus causis. (20. 2.)

81) L. 2. C. si aliena res.

82) L. 16. §. 7. D. de pign.

83) Die Controverse ist von Meyer, im Archive für civil. Praxis Bd. 9, S. 246 flg., und Müller, ebendas. Bd. 9, S. 392 flg., verfochten worden. Von diesen nimmt der erste zwar kein Pfandrecht, wohl aber die Zuständigkeit der Pfandklage an, was der zweite für widersinnig erklärt hat, weil eine Pfandklage ohne Pfandrecht undenkbar sei. Der letzteren Ansicht ist jetzt auch Sintenis a. a. O. S. 84—96.

in bonis des Verpfänders gewesen war. Da nun dieser Beweis für den vorliegenden Fall nicht erbracht werden konnte, so war es natürlich bei der Convalescenz jener Verpfändung aus späteren Umständen eine ausgedehnte Pfandklage (utilis actio) zu geben, in welcher jener Theil des Beweises durch den Nachweis der späteren Eigenthumserwerbung ersetzt ward. Insofern sprachen die classischen Juristen im vorliegenden Falle von einer utilis pignoraticia oder utilis persecutio pignoris u. s. w. [84]), und daß darnach auch ein Convalesciren des Verpfändungsactes selbst anzunehmen ist, leidet nach den allgemeinen Voraussetzungen der Pfandklage keinen Zweifel. Indessen machen auch schon die classischen Juristen darauf aufmerksam, daß bei necessarii heredes, welche auch gegen ihren Willen Erben und dadurch Eigenthümer der fremden Sache werden, die utilis actio nur dann zutrifft, wenn sie vorher die Sache fälschlich als ihr Eigenthum ausgegeben haben [85]). Auch scheint Papinian in den genannten Fällen auf eine vorgängige causae cognitio bei der Gestattung der utilis serviana zu deuten, die ergeben soll, daß wenigstens der Pfandgläubiger bei dem Verpfändungsacte keine Wissenschaft um die fremde Sache hatte [86]); diese Cognition muß indeß in der späteren Zeit weggefallen sein, weil die späteren Juristen, wie Paullus [87]) und Modestin [88]) die Convalescenz des Pfandrechtes ganz allgemein annehmen, womit auch das Constitutionenrecht im Einklange steht [89]). Indessen versteht es sich für alle Fälle, in welchen die Verpfändung einer fremden Sache ein Pfandrecht nicht zu erzeugen vermag, von selbst, daß der Pfandvertrag wenigstens unter den Contrahenten die Wirkungen äußert, welche überhaupt durch seine Vertragsnatur begründet werden. So kann dann bei dem Faustpfande der Pfandschuldner nach Abzahlung der Hauptschuld mit der directen pignoraticia die Rückgabe der verpfändeten Sache verlangen [90]); auch wird dem Pfandgläubiger bei der Entwährung der Sache die conträre pignoraticia auf Ersatz u. s. w. gestattet [91]). — Die nämlichen Grundsätze, welche von der Verpfändung fremder Sachen gelten, kommen auch bei gemeinschaftlichen in Anwendung, d. h. bei solchen, welche im

---

84) L. 22. D. de pign. (20. 1.) L. 41. D. de pign. act. (13. 7.) L. 5. C. si aliena res pign. (8. 16.)

85) L. 41. D. de pignor. act. (13. 7.) Hieraus erklärt sich das facile in L. 5. C. 8. 16.

86) So sind die Worte zu erklären in L. 1. pr. D. 20. 1.: postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur (Papin. lib. 11. respons.).

87) L. 41. D. 13. 7.

88) L. 22. D. 20. 1.

89) L. 5. C. 8. 16. (von Diocletian und Maximian). So bereits Voët, Müller und Andere. Anderer Meinung ist Sintenis a. a. O. S. 89.

90) L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. de pignoraticia. (13. 7.)

91) L. 16. §. 1. D. ibid.

Miteigenthum des Verpfänders und dritter Personen stehen. Auch hier gilt der Grundsatz, daß jeder von ihnen nur seinen ideellen Theil an der Sache verpfänden kann[92]), allein es wird zugleich hervorgehoben, daß, weil dieser Theil an der ganzen gemeinschaftlichen Sache haftet, eine spätere natürliche Theilung derselben unter den Concurrenten dem früheren Bestande des Pfandrechtes keinen Eintrag thun kann[93]).

Daß auch ein ganzes Vermögen verpfändet werden kann, ist erst seit der actio serviana und quasi und der Einführung des hypothekarischen Rechtes möglich geworden. Die classischen Juristen beziehen diese Verpfändung lediglich auf das Vermögen des Pfandschuldners, und behandeln den Vermögenscomplex dann nicht als universitas iuris, sondern vielmehr nach den Grundsätzen, welche von den Einzelsachen gelten. Die neueren Juristen sind gewohnt, diesen Fall mit dem Namen des generellen Pfandrechtes, der generellen Hypothek zu bezeichnen, wozu einige Stellen der classischen Juristen Veranlassung gegeben haben, in welchen die Ausdrücke conventio generalis, obligatio generalis, generaliter pignori accipere, generale pactum, generalis hypotheca[94]) mehr zur Bezeichnung einer Mehrheit von Sachen im allgemeinen bei dem Abschlusse des Pfandvertrages, als in besonderer Beziehung auf den vorliegenden Fall gebraucht werden. Dieß zeigt schon der Umstand, daß das Object dieser Generalconvention — die bona — daneben noch außerdem besonders hervorgehoben werden. Die ältesten Formeln, in welchen die Vermögensverpfändung vorkommt, deuten darauf, daß dann zunächst lediglich das gegenwärtige Vermögen des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung in Betracht kam; daher späterhin erworbene Vermögensstücke nur dann von der Hypothek afficirt wurden, wenn die Verpfändung darauf von Anfang an ausdrücklich erstreckt worden war[95]). Indessen versteht sich nach einer neueren Verordnung Justinian's[96]) diese Clausel von selbst, und somit steht für das Justinianische Recht die Regel fest, daß auch alle späteren Vermögens-

---

92) L. 2. C. comm. divid. (3. 37.)

93) L. 7. §. 4. D. quibus modis. (20. 6.) L. 6. §. 8. D. comm. divid. (10. 3.) L. 2. C. comm. div. (3. 37.)

94) L. 1. pr. L. 6. L. 8. D. de pign. (20. 1.) L. 2. L. 11. §. 2. D. qui pot. (20. 4.) L. 3 u. 9. C. quae res pignori. (8. 17.) L. 11. C. de remiss. pign. (8. 26.) So Puchta, Cursus der Instit. II. S. 715. Die neueren Ansichten über die Begriffsbestimmung seit Merz (diss. de vera indole divisionis hypothecae in gen. et spec. Tub. 1818.) und Caplick (vindiciae secundum omnes fere Ictorum de gen. et sp. hypoth. discrimine sententiam. Gott. 1820.) unterwirft Sintenis a. a. O. S. 481 einer tüchtigen Materialkritik. Im Gegensatze jener Vermögenshypotheken spricht man von speciellen Hypotheken (Pfandrechten), die sich lediglich auf eine im Pfandvertrage namhaft gemachte Einzelsache beschränken.

95) Außer der angeführten Stelle gehört hierher noch L. 15. §. 1. D. de pignoribus. (20. 1.)

96) L. 9. C. quae res pignori. (8. 17.)

erwerbungen des Pfandschuldners von der Generalhypothek ergriffen werden. Der juristische Standpunkt, von welchem aus die Sache im Rechte der classischen Zeit beurtheilt wird, ist, daß Alles, was unter den genannten Gütercomplex fällt, gerade so behandelt werden soll, wie wenn alle Einzelstücke bei der Pfandconvention namentlich aufgeführt wären [97]). Natürlich hat man diese Rechtsvermuthung nicht auf Sachen erstreckt, welche überhaupt nicht dem Specialpfande unterliegen können [98]); auch nicht auf solche, von welchen es nicht wahrscheinlich ist, daß der Pfandschuldner sie zum Objecte eines speciellen Pfandrechtes habe erheben wollen, d. h. nicht auf den nothwendigen Hausrath, die Kleidung, Sclaven, die zum täglichen Gebrauche bestimmt sind, die Concubine und deren Kinder [99]). — Ein solches generelles Pfandrecht kann auch mit einem speciellen verbunden werden, was dann, wenn die Verbindung mit allgemeinen Worten erbracht ward, zur Folge hatte, daß der Pfandgläubiger das Recht verlor, sofort die Generalhypothek zu realisiren, vielmehr zuerst das Specialpfand angreifen muß, und nur, wenn dieß zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, die caetera bona des Pfandschuldners angreifen kann, weil der stillschweigende Vertrag vermuthet wird, daß dieß Generalpfand in seiner Wirkung beschränkt sein solle, so lange die Species ausreicht. Sollte gegen die Regel gehandelt werden, so steht dem Beklagten eine Einrede zu, welche die Neueren exceptio excussionis realis zu nennen gewohnt sind (vgl. darüber den Art. benef. excussionis in diesem Werke Bd. I, S. 908 flg.).

Rücksichtlich der zweiten Frage, nach den Entstehungsgründen des Pfandrechtes, ist schon nach den allgemeinen Grundlagen der Rechte anzunehmen, daß kein Pfandrecht ohne einen giltigen Entstehungsgrund gedacht werden kann [100]), und diesen hat im Zweifel immer der Pfandgläubiger zu erweisen, oder wer sonst aus dem bestehenden Pfandrechte Befugnisse in Anspruch nimmt. Von den Einzelgründen, welche hier in Frage kommen, ist bereits oben bemerkt worden, daß sie sich sämmtlich an den Pfandvertrag anlehnen und nach dessen Analogie behandelt werden, weil die Entstehung durch Vertrag den classischen Juristen als Normalfall gilt. Für das neuere Recht lassen sich diese Entstehungsarten unter folgenden Gesichtspunkt zusammenfassen. Das Pfandrecht entsteht entweder durch den darauf gerichteten Willen dessen, dem der Gegenstand gehört, was die Neueren pignus voluntarium zu nennen gewohnt sind (dahin gehören Faustpfand, Hypothek, letztwilliges Pfandrecht) oder ohne dessen Willen, bei den Neueren pignus necessarium

---

97) L. 1. pr. L. 6. L. 8. D. de pign. (20. 1.) L. 2. L. 11. §. 2. D. qui potiores. (20 4.)

98) L. 3. C. 8. 17.

99) L. 6. und L. 8. D. de pign. (20. 1.)

100) Ohnedem findet bei dem Faustpfande nicht einmal Retentionsrecht statt. L. 25. D. de pignor. (20. 1.) L. 32. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1.)

genannt, was entweder durch einen Act der richterlichen Gewalt geschehen kann (dahin gehört das pignus praetorium, was durch die missio in bona entsteht, und das pignus in causa iudicati captum) oder durch bloße Rechtsvorschrift (dahin gehört lediglich die tacita hypotheca, auch Legalpfandrecht genannt). Nach dieser Eintheilung sollen die einzelnen Entstehungsgründe genauer beleuchtet werden.

1) Faustpfand (pignus im engeren Sinne zum Gegensatze der Hypothek) heißt das Pfand, dessen Besitz bei der Pfandbestellung an den Pfandgläubiger übertragen wird[101]). Diese Besitzübertragung geschieht durch den Abschluß des Pfandcontractes, welcher seiner Natur nach erst durch Tradition der Sache perficirt wird[102]), zu den freien Geschäften gehört und für den Contrahenten persönliche Klagen erzeugt, von welchen die directe dem Pfandschuldner, die conträre dem Pfandgläubiger zusteht. Hierdurch geht der juristische Besitz der Pfandsache zweifelsohne an den Pfandgläubiger über. Er übt diesen Besitz im eigenen Namen, hat bei Besitzstörungen die possessorischen Interdicte, weil ihm der animus possidendi zukommt; allein, weil in den Grundlagen des Verhältnisses die Anerkennung eines fremden Eigenthums enthalten ist, so übt er keinen Usucapionsbesitz an der Sache; so daß in diesem vielmehr der Pfandschuldner verbleibt[103]). Ueberhaupt soll der Pfandgläubiger aus dem juristischen Besitze keinen anderen Gewinn ziehen, als welcher in der Natur desselben begründet ist. Darnach hat er zwar das Recht und die Verpflichtung, die auf der Sache stehende Frucht einzuernten, allein er muß sie verkaufen und zuerst auf die Zinsen, dann auf das Capital abrechnen[104]); den Ueberschuß aber hat er an den Pfandschuldner herauszugeben, weßhalb er unter Umständen in ein furtum usus verfallen kann. Aus demselben Grunde muß er auch den zufälligen Gewinn herausgeben, welchen er bei Gelegenheit der verpfändeten Sache über den Betrag der Hauptschuld hinaus erhalten hat, z. B. was er mit der actio furti oder metus causa gewinnt[105]). Außerdem haftet er speciell noch für jede Verschlechterung und Beschädigung

---

101) L. 9. §. 2. L. 35. §. 1. D. de pignor. act. (13. 7.) §. 7. J. de act. (4. 6.) Wenn es manche Rechtslehrer nach §. 7. J. de act. (4. 6.) auf bewegliche Sachen beschränken, so sind sie in offenbarem Irrthum. Auch unbewegliche Sachen können Faustpfand werden. L. 31. D. de pign. (20. 1.) L. 4. C. de pign. (8. 14.) Auch gehören hierher die Stellen, welche von der Antichrese sprechen, wovon nachher.

102) Ein Pfandcontract ohne Uebergabe wird als pactum hypothecae behandelt. L. 1. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

103) L. 1. §. 15. D. de acquir. possess. (41. 2.) L. 16. D. de usurp. (41. 3.) L. 13. D. ibid.

104) L. 1—3. C. de pign. act. (4. 24.) L. 1. C. de distr. pign. (8. 28.) L. 2. C. de partu pign. (8. 25.) L. 11. C. de usur. (4. 32.)

105) L. 22. pr. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 235.

des Pfandes in der Art, daß von ihm überhaupt jedes Versehen prästirt wird, mag es in einer positiven oder negativen Handlung seinen Grund haben; nicht aber haftet er für den Casus[106]). Ferner muß er die Pfandsache zurückgeben, wenn die Hauptforderung erloschen oder eine solche gar nicht entstanden ist. Im Falle des Pfandverkaufes hat er den etwaigen Ueberschuß der Verwerthung an den Pfandschuldner herauszugeben, was man Hyperocha oder Superfluum nennt. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten kann er vom Pfandschuldner mit der directa pignoraticia angehalten werden. — Dagegen wird auch der Pfandschuldner aus dem Pfandcontracte verpflichtet theils zur Vergütung aller nothwendigen Auslagen auf das Pfand, wohin auch die Staats- und Communalabgaben zu rechnen sind[107]), theils zur Gewährung des juristischen Besitzes. In diesem Sinne wird dem Pfandgläubiger jede einseitige, wenn auch heimliche Besitzergreifung nicht als Diebstahl angerechnet[108]); ferner unterliegt der Pfandschuldner der contraria actio, wenn er die Pfandsache vom Gläubiger pacht- oder precarioweise zurückempfangen hatte und sie bei dem Verkaufe des Pfandes durch den Pfandgläubiger überall nicht herausgibt[109]); endlich begeht er auch ein wirkliches furtum possessionis, wenn er dem Pfandgläubiger das Pfand heimlicher Weise entzieht. Außerdem kann der Pfandgläubiger auch die contraria actio brauchen, wenn das Pfand dem Verpfänder nicht eigenthümlich zugehört oder einem anderen Gläubiger bereits verpfändet war, ohne daß dieß bei der neuen Verpfändung von Seiten des Pfandschuldners erwähnt ward, oder wenn es mit Mängeln behaftet ist, oder wenn der Pfandschuldner es betrügerischer Weise mit einem anderen vertauscht oder sonst rücksichtlich dessen zum Schaden des Pfandgläubigers gehandelt hat[110]); Fälle, welche zum Theil über die Grenzen der eigentlichen Vertragssubstanz hinausgehen, und also wohl auf eine utilis contraria hinauslaufen, weil andere conträre Klagen ähnlichen Bestimmungen nie unterworfen sind[111]). — Eine Eigenthümlichkeit des mit dem Faustpfande verbundenen juristischen Besitzes ist es, daß, wenn nach Abzahlung der Pfandschuld der Schuldner auf Rückgabe der Sache klagt, der Pfandgläubiger gegen ihn die exceptio doli hat, wenn er noch andere Forderungen gegen den Kläger hat, für welche das Pfand ursprünglich

---

106) L. 19. C. de pignoribus. (8. 14.) L. 6. C. de pign. act. (4. 24.) §. 4. J. quibus modis re. (3. 15.)

107) In diesem Sinne sagt L. 6. C. de pign. (4. 24.), daß dergleichen Abgaben den Betrag der Hauptschuld vermehren.

108) L. 55. D. de furt. (47. 2.)

109) L. 22. §. 3. D. 13. 7. L. 6. §. 4. D. de precario. (43. 23.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 232.

110) L. 1. §. 2. L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 32. L. 36. pr. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) L. 6. C. si aliena res. (8. 16.)

111) So schon Burchardi, Lehrbuch des röm. Rechtes II. S. 527.

nicht haftet. Vermöge dieser Exception kann er dann die Pfandsache auch nach Auflösung des Pfandnexus weiterhin retentionsweise detiniren, bis die chirographarischen Schulden vom Kläger vollständig getilgt sind[112]). Gegen Dritte, namentlich gegen spätere Pfandgläubiger, welche zur selbigen Sache concurriren, steht die Exception nicht zu.

2) Die Hypothek (aus dem Griechischen ὑποθήκη). So heißt das Pfandrecht, was durch einfachen Pfandvertrag in der Weise constituirt wird, daß der Besitz der verpfändeten Sache nicht auf den Pfandgläubiger übertragen wird[113]). Daß sie lediglich an unbeweglichen Sachen constituirt werden könne, hat man aus Mißverständniß einer Institutionenstelle (vgl. S. 20, Note 101) früherhin ziemlich allgemein angenommen, allein mit Unrecht, da der Ausdruck auch bei beweglichen Sachen vorkommt[114]), und ein Pfand an Rechten, ganzen Gütermassen und ähnlichen Gegenständen schon der Natur der Sache nach kein Faustpfand sein kann. Diese Form des Pfandrechtes ist viel freier als das Faustpfand; sie ist in jedem Faustpfande schon stillschweigend enthalten, weßhalb auch alle Rechtssätze, welche von dem Faustpfande gelten, auf die Hypothek übertragen worden sind, insoweit sie darauf wirklich Anwendung leiden[115]), und umgekehrt auch Alles, was von der Hypothek gilt, ohne weiteres auch auf das Faustpfand übertragen werden kann. Namentlich gilt dieß bezüglich der dinglichen Pfandklage, welche im prätorischen Edicte für beide Fälle gleichmäßig vorgesehen war[116]). Als Entstehungsgrund der Hypothek wird in dem classischen Pandektenrechte das pactum hypothecae genannt, was die Neueren deßhalb gewohnt sind zu den pacta praetoria zu rechnen. Es ist in seinem Wesen an keine bestimmten Formen gebunden, kann daher mündlich und schriftlich — selbst unter Abwesenden — eingegangen werden; sogar stillschweigend durch concludente Handlungen, welche keine andere Erklärung als den Pfandconsens zulassen. So gilt z. B. ein Grundstück für verpfändet, wenn dessen Kaufurkunde verpfändet wird[117]); bei stillschweigend über die festgesetzte Zeit hinaus fortdauernden Pachtverhältnissen wird auch das lediglich für den ersten Contract bestellte Pfandrecht verlängert[118]); lauter Fälle, welche

---

112) L. un. C. etiam ob chirograph. (8. 27.) Die Worte at si in possessione fueris constitutus bezeichnen dieß als eine Folge des Pfandbesitzes.

113) L. 9. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.) §. 7. J. de act. (4. 6.) Dieß folgt auch daraus, daß durch nudum pactum eine Hypothek constituirt werden kann. Vgl. S. 20, Note 102.

114) L. 34. §. 1. D. de pignor. (20. 1.)

115) L. 3. C. de luit. pign. (8. 31.) Daß indeß dem hypothekarischen Gläubiger die actio contraria pignoraticia, wie bei dem Faustpfande, gegeben wird, scheint unerweislich.

116) §. 7. J. de act. (4. 6.) L. 3. C. 8. 31.

117) L. 2. C. quae res pignori. (8. 17.)

118) L. 13. §. 11. D. locati cond. (19. 2.)

die neueren Juristen mit dem Kunstausdrucke pignus tacitum voluntarium zu bezeichnen pflegen. — Mit der Rechtsregel pignus consensu contrahi war zugleich auch die Möglichkeit gegeben, eine und dieselbe Sache an mehrere Personen nach einander zu verpfänden (die sogen. zweite Verpfändung). Weil es indeß als Betrug betrachtet ward, daß man auf diesem Wege die Sache weiter verpfändete, ohne dem zweiten Pfandgläubiger von dem früheren Pfandnexus Nachricht zu geben, so half man sich in der ersten Zeit damit, daß man bei der zweiten Verpfändung nur die Hyperocha als Gegenstand des Pfandnexus namhaft machte [119]). Diese Idee legte man anfänglich auch jeder zweiten Verpfändung zu Grunde, selbst wenn sie nicht ausdrücklich ausgesprochen war [120]); allein nicht lange darauf bequemte man sich schon dazu, dem zweiten Pfandgläubiger auch ein wahres Pfandrecht an der Sache mit der Pfandklage gegen Dritte zuzuschreiben [121]), ihm ferner gegen den früheren Pfandgläubiger das ius offerendi zuzugestehen [122]) und dabei hielt man immer noch den Satz aus dem älteren Rechte fest, daß, wenn der frühere Pfandgläubiger das Pfand verkauft, an den späteren wenigstens die Hyperocha herauszugeben sei [123]).

Eine Erörterung verdient in der Lehre vom Conventionalpfande noch die Frage, wer verpfänden dürfe? Hier gehen die römischen Juristen von der Idee aus, daß die Verpfändung eine Veräußerung in sich enthält, und gestatten diese demnach lediglich den Eigenthümern der Sache unter der Voraussetzung, daß sie Veräußerungsbefugniß haben. Den Erben wird ausdrücklich verboten, Sachen zu verpfänden, welche Gegenstand eines Legates oder Fideicommisses sind [124]); Soldaten dürfen dieß nicht in Rücksicht ihrer Waffen, Rüstungen und Uniformstücken [125]). Inwieweit man fremde Sachen verpfänden dürfe, ist bereits oben erörtert. Eine Folge davon ist, daß auch der Vater, insoweit er den Nießbrauch an den Adventicien seines Haussohnes hat, davon nichts ohne dessen Einwilligung verpfänden kann [126]). Eigenthümer, welchen die Veräußerungsfähigkeit abgeht, sind natürlich an die gesetzlichen Beschränkungen gebunden, z. B. die Minderjährigen bei dem Versatze unbeweglicher Sachen und was dem gleichsteht.

---

119) L. 20. D. qui pot. (20. 4.) L. 15. §. 2. D. de pign. (20. 1.)

120) L. 9. §. 3. D. qui pot. (20. 4.) Vgl. v. Löhr, im Archive für civ. Praxis Bd. 14, S. 169.

121) L. 11. §. 4. L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. (20. 4.) Gegen den früheren Pfandgläubiger konnte sie nicht mit Wirksamkeit angestellt werden, weil er Exceptionen hatte.

122) Paull. sent. rec. II. 13. §. 8.

123) L. 12. §. 5. D. qui pot. (20. 4.) Marcian nach Papinian.

124) L. 3. §. 2 u. 3. C. comm. de leg. (6. 43.)

125) L. 3. §. 13. L. 14. §. 1. D. de re militari. (49. 16.)

126) L. 2. C. de bonis maternis. (6. 60.) L. 4. L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.)

Hauskinder können ihr Sondergut, wenn dem Vater daran die Nutznießung zusteht, nur mit dessen Einwilligung verpfänden[127]; Verwalter städtischen Vermögens können für Darlehne, welche sie im Namen der Stadt aufnehmen, städtische Sachen giltig verpfänden[128]), unter der Voraussetzung, daß die versio in rem civitatis späterhin nachgewiesen wird. — Schließlich mag noch erwähnt werden, daß man auch für fremde Hauptschulden eigene Sachen zum Pfande bestellen kann. Die römischen Juristen erblicken in einem solchen Acte eine Intercession für eine fremde Schuld[129]) und behandeln sie demnach für nichtig bei den Personen, welchen die Fähigkeit zu intercediren abgeht, z. B. bei Ehefrauen, welche Pfänder oder Hypotheken für ihre Ehemänner bestellen. Daß diese ganze Frage in die Lehre von der Intercession (s. d. Art.) gehört, braucht hier nur angedeutet zu werden.

3) Testamentarisches Pfandrecht. Es ist ein Product der Kaiserzeit, namentlich erst durch Rescripte des Septimius Severus und Caracalla ausgebildet worden[130]). Von den neueren Rechtsgelehrten ist die Lehre folgendermaßen ausgebaut. Es kann bestellt werden auf dem Wege des Legates und Fideicommisses an Sachen, welche dem Erblasser eigenthümlich zugehören, auch wenn sie der künftige Pfandgläubiger bereits in Händen hat; ferner an Sachen, welche dem künftigen Erben zugehören (diesen Fall haben die römischen Rechtsquellen nicht berührt). Ein Pfandcontract liegt in den genannten Fällen niemals vor. Testament und Codicill, worin es bestellt wird, gelten immer nur als Privaturkunden, welche die Stelle des eigentlichen Pfandcontractes vertreten. Ein öffentliches Pfandrecht kann daraus auch nicht hergeleitet werden.

4) Das prätorische Pfandrecht (praetorium pignus)[131]), d. h. was durch eine von der competenten Behörde angeordnete in bona missio entsteht, sei es, daß sie angeordnet wird, um die Gläubiger für irgend eine Forderung aus den Gütern des Schuldners schadlos zu halten (rei servandae causa), oder zur Sicherung für Schadenersatz, wenn der Schaden zwar noch nicht wirklich geworden ist, aber aus Gründen der Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht (damni infecti nomine u. s. w., vgl. den Art. bonorum possessio in diesem Werke Bd. II, S. 284—306). In seinem letzten Grunde beruht es auf einem Befehle des Magistrats, welchen er vermöge der ihm zustehenden

---

127) L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 220.

128) L. 11. pr. D. de pignor. (20. 1.)

129) L. 8. pr. D. ad SC. Vellei. (16. 1.)

130) Es kommt lediglich in folgenden Stellen vor: L. 26. pr. D. 13. 7. L. 12. D. de alimentis. (34. 1.) L. 1. C. comm. de leg. (6. 43.)

131) Hiervon handelt insbesondre Schroeder, de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis. Marb. 1751.; v. Glück, Erläuter. der Pand. Th. 18, S. 251. Sintenis a. a. O. §. 37.

Executionsgewalt (Imperium) erläßt[132]). Als Gegenstände, welche von dem Pfandrechte ergriffen werden, nennen die römischen Rechtsquellen Alles, was als Gegenstand der Mission bezeichnet wird, also in den meisten Fällen die sämmtliche Gütermasse dessen, in wessen Güter die Mission ertheilt worden ist, wozu unter Umständen auch die außenstehenden Forderungen (die actiones) gerechnet werden sollen[133]) — oder, wie bei dem damnum infectum, lediglich der Einzelgegenstand, in welchen die Mission verfügt ist (vgl. den angeführten Art. in diesem Werke Bd. II, S. 290 flg.). — Weil das Pfandrecht immer mit der Detention der Pfandsache anhebt[134]), und den, welcher den Besitz an der Einzelsache ergriffen hat, zur custodia und observatio verpflichtet, d. h. zur Sorge dafür, daß ihm dieser Besitz nicht entrissen werde, so hat der Begriff zur Zeit der classischen Juristen darin eine eigenthümliche Wendung genommen, daß man dem missus die actio hypothecaria zur Erlangung des Besitzes verweigerte, wenn er diesen Besitz durch Zufall oder durch seine Schuld verloren hatte. Indessen hat späterhin eine besondere Verordnung Justinian's für beide Fälle ohne Unterschied die hypothekarische Klage gestattet und dadurch das pignus praetorium mit den übrigen Fällen des Pfandrechtes auf eine Stufe gestellt[135]). — Eine weitere Eigenthümlichkeit des Begriffes ist es, daß dieß Pfandrecht nicht immer zum Güterverkaufe führt, sondern lediglich nur in den Fällen, welchen das prätorische Edict diese Wirkung beigelegt hatte[136]). Dieß ist der Fall, wenn die Mission rei servandae causa ertheilt wird, z. B. im Falle des Concurses oder um ein rechtskräftiges Urtheil zu exequiren (vgl. den Art. bonorum venditio in diesem Werke Bd. II, S. 346 flg.).

5) Das sogen. richterliche Pfandrecht im engeren Sinne[137]) (pignus in causa iudicati captum), d. h. dasjenige, welches durch richterliche Abpfändung (pignoris capio) entsteht. Dieß Institut finden wir zuerst angewendet bei der Eintreibung von Strafgeldern in öffentlichen Angelegenheiten[138]); wahrscheinlich nur eine Nachbildung dieses Executionsmittels ist die legis actio per pignoris capionem, welche dem

---

132) L. 1. C. de praet. pign. (8. 22.)

133) Nach Justinian's Verordnung in der angeführten Gesetzstelle.

134) L. 26. §. 1. D. de pignor. act. (13. 7.)

135) L. 2. C. de praet. pign. (8. 22.)

136) L. 21. §. 2. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 7. §. 1 u. 11. D. de rebus auctor. (42. 4.)

137) Hierüber handeln insbesondre Schroeder l. c., Glück a. a. O., Sintenis a. a. O. §. 38, Müller, civilistische Abhandlungen S. 123 flg. — Aus der früheren Zeit ist gut Küstner, pignus in causa iudicati captum. Lipsiae 1744.

138) Von diesem ältesten Gebrauche ist noch in L. 9. §. 6. D. ad legem Juliam peculatus (48. 13.) eine sehr deutliche Spur übrig. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses I. S. 298, 316.

Gläubiger in bestimmten Fällen eine Art von Selbstpfändung aus den Gütern seines Schuldners erlaubte (vgl. den Art. legis actio in diesem Werke Bd. VI, S. 352 flg.), in deren Folge sogar ein Verkauf der abgepfändeten Sachen durch den Capienten vorkommen konnte. Als Executionsmittel von richterlichen Sentenzen kommt das Institut erst spät vor, weil die directen Executionen dem älteren Rechte unbekannt sind [139]), und zwar zuerst zur Execution magistratischer Decrete in extraordinariae cognitiones, wo der Magistrat den Prozeß selbst zu leiten und zu entscheiden hatte [140]); späterhin auch in den ordinaria iudicia, allein lediglich da, wo es sich um die Beitreibung einer Geldschuld handelt [141]). Und so erscheint sie denn zur Zeit der classischen Juristen als ein allgemeines Executionsmittel für richterliche Sentenzen, die damals in den ordinaria iudicia immer auf eine Summe baaren Geldes gerichtet wurden. Sie hat zu Voraussetzungen entweder ein rechtskräftiges condemnatorisches Urtheil oder was dem gleichsteht, wie confessio in iura [142]); ferner den Ablauf des tempus iudicati, was nach Justinianischem Rechte eine Zeit von 4 Monaten ist; auch die Existenz eines richterlichen Decretes, welches die Art und Weise der Abpfändung bestimmt [143]); nach den teutschen Reichsgesetzen muß auch die Execution dem Condemnatus zuvor angedroht worden sein. Die Abpfändung selbst geschieht durch den Apparitor auf Befehl des Richters, nicht durch die Hand des Gläubigers [144]). Der Richter wird zuerst nach einer Constitution des Divus Pius angewiesen, Moventien und andere bewegliche Sachen; wenn diese zur Befriedigung des Schuldners nicht ausreichen, unbewegliche Sachen, und erst schließlich die Außenstände (die sogen. nomina) abzupfänden [145]), und aus dem Gewahrsam des Schuldners zu bringen. Bei der Abpfändung werden die Richter angewiesen, hauptsächlich unbestrittenes Eigenthum des Condemnatus in Beschlag zu nehmen [146]); daher wenn ihm Jemand das Eigenthum bestreitet, wo möglich andere Sachen des Verurtheilten angegriffen werden sollen. Erst, wenn dergleichen überall nicht vorhanden

---

139) Auch die Lex Rubria über das Cisalpinische Gallien nennt sie nicht als Executionsmittel an den Stellen, wo diese dem Inhalte des Gesetzes nach vollständig aufgezählt werden sollen.

140) L. 31. D. de re iud. (42. 1.) L. 5. §. 10. D. de agnoscendis. (25. 2.)

141) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 334.

142) Paullus, sent. rec. V. 5. §. 4. L. 31. D. 42. 1. L. 9. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

143) L. 1. C. si in causa iudicati. (8. 23.) Vgl. L. 15. §. 2. D. de re iud. (42. 1.)

144) L. 15. §. 2 u. 8. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 5. C. quorum appellationes non. (7. 65.)

145) Hierauf geht auch L. 5. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

146) L. 15. §. 2. D. 42. 1.

sind, soll der Capient über die von Dritten angeregte Eigenthumsfrage nach Gründen der Wahrscheinlichkeit (summatim) cognosciren, und wenn er diesen Anspruch begründet findet, sofort die fragliche Sache auslassen; wo nicht, mit der Execution bis zu Ende verfahren. Das Pfandrecht des Gläubigers hebt sofort mit dem Augenblicke der Abpfändung an, nicht aber früher [147]), und gibt ihm ein Recht, auf deren Verkauf anzutragen, indeß erst nach zwei Monaten von dem Augenblicke der Abpfändung an gerechnet, weil dieser Zeitraum dem Schuldner zur Wiedereinlösung des Pfandes zu Gute kommen soll [148]). Der Verkauf geschieht im classischen Rechte immer durch den Richter, welcher die Auspfändung anbefohlen hat, und dieser wird dann gewöhnlich bei dem Verkaufsacte durch den Executor vertreten [149]). Aus dem Erlöse wird zunächst der Gläubiger befriedigt, und der Ueberschuß dann an den Beklagten herausgegeben. Uebrigens soll es erst dann im Licitationstermine addicirt werden, wenn der Käufer ein annehmliches Gebot thut und baar bezahlt [150]). Findet sich kein annehmlicher Käufer, so kann das Pfand dem Gläubiger um die Schuldsumme zugeschlagen werden durch in solutum datio [151]) oder die dominii impetratio durch kaiserliches Rescript erfolgen [152]). Statt des Verkaufes kann auch der Gläubiger den bloßen Besitz der Pfandsache verlangen; dann verliert er aber allen weiteren Anspruch auf Execution [153]). — Eine Eigenthümlichkeit dieses Verkaufes ist es weiterhin, daß die früheren Pfandgläubiger, welche zur abgepfändeten Sache concurriren, von dem Bevorstehen des Verkaufes benachrichtigt werden müssen; dann aber, wenn dieß geschehen, durch den Verkauf ihre Pfandrechte verlieren [154]). Wo nicht, so bleiben die Pfandrechte stehen, und erst, was nach voller Befriedigung des früheren Pfandgläubigers übrig bleibt, kann zur Tilgung des Judicats benutzt werden [155]).

5) Das stillschweigende Pfandrecht (auch gesetzliches genannt, oder Legalhypothek) ist ein solches, welches lediglich und allein durch gesetzliche Vorschrift entsteht. Die römischen Juristen, zu deren Zeiten dasselbe aufkam, schließen es zunächst und einzig an den allgemeinen Entstehungsgrund des Pfandrechtes — die

---

147) L. 1. C. 8. 23.

148) L. 31. D. 42. 1. Nach einer Verordnung des Antoninus Pius, welche überhaupt das ganze Verfahren genauer bestimmt hat.

149) L. 50. L. 74. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 2. C. 8. 23. Hier kann der Gläubiger selbst mit bieten.

150) L. 15. §. 7. D. de re iudicata. (42. 1.)

151) L. 7. §. 3. D. 42. 1. L. 3. C. 7. 53.

152) L. 3. C. 8. 23.

153) L. 15. §. 3. D. 42. 1.

154) L. 26. §. 7. C. de remiss. pignoris. (8. 26.) Es wird nämlich Remission vermuthet.

155) L. 15. §. 5. D. 42. 1.

conventio — an, und nehmen zur Rechtfertigung dieser Ansicht eine stillschweigende Verpfändung, d. h. ein tacitum pactum de contrahendo pignore an, was sich in gewissen Handlungen des Pfandschuldners von selbst ausspricht[156]); daher der Name stillschweigendes Pfandrecht (tacitum pignus[157]), tacita hypotheca)[158]). Als sich in der Folge die stillschweigenden Hypotheken mehrten, fast bis zur völligen Untergrabung des Privatcredits, auch neben der Pfandconvention noch andere Entstehungsgründe als Pfandrecht allgemein angenommen waren, ließ man auch mitunter das gesetzliche Element derselben hervortreten[159]), und dergleichen Stellen haben zur Bildung des freilich unechten Wortes legalis hypotheca die nächste Veranlassung gegeben. Vom Standpunkte der Quelleninterpretation sind die Hypotheken immer als Ausnahme von der Regel zu betrachten; daher möglichst zu beschränken. Indessen haben sich dieselben im Justinianischen Rechte so vermehrt, daß es nicht viel mehr zu beschränken gibt. Um hier zu einer übersichtlichen Darstellung des Ganzen zu gelangen[160]), wird es nöthig, die allgemeinen Hypotheken, welche sich über die Güter des Schuldners erstrecken, von den speciellen Pfandrechten zu trennen, welche nur Einzelsachen zum Gegenstande haben. Erweislich allgemein sind folgende stillschweigende Hypotheken: a) der Fiscus hat ein stillschweigendes Pfandrecht wegen aller Forderungen, die ursprünglich in seiner Persönlichkeit entstanden sind[161]), mit Ausnahme der Strafgelderforderungen[162]). Eine Folge davon ist, daß, wenn der Fiscus in die Forderung eines Privatmannes aufrückt, ihm deßhalb kein Pfandrecht zusteht[163]). In manchen Stellen wird das Pfandrecht des Fiscus hauptsächlich wegen Steuern und Abgaben, dann auch wegen Contractsforderungen hervorgehoben, allein das kann überhaupt kein Grund sein, es lediglich auf die angeführten Fälle zu beschränken. Daß es auch dem Regenten und seiner Gemahlin zusteht, ist allgemein

---

156) L. 4. pr. L. 6. D. in quibus causis. (20. 2.) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 286.

157) L. 4. §. 1. D. 20. 2.

158) L. un. §. 1. C. de rei ux. (5. 13.) L. 1. C. comm. de leg. (6. 43.)

159) So ist von talis iusta praesumptio die Rede in L. 7. C. in quibus causis. (8. 15.) Ferner heißt es in L. 1. C. 6. 43.: nullo verbo praecedente sed ipsa lege indicuntur u. s. w.

160) Verzeichnisse dieser Art liefern Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte (Leipzig 1803), Th. 2, v. Glück a. a. O. Bd. 18, S. 393 flg., Sintenis a. a. O. §. 32 flg., dann die Lehrbücher von Puchta und v. Vangerow.

161) L. 1 u. 2. C. in quibus causis. (8. 15.) L. 1. C. si propter publ. pensit. (4. 46.) L. 2 u. 3. C. de priv. fisci (7. 73.) vgl. mit L. 46. §. 3. D. de iure fisci. (49. 14.)

162) L. 17 u. 37. D. ibid. L. un. C. poenis fiscalibus. (10. 7.)

163) L. 6. pr. D. 49. 14.

angenommen[164]). Eine weitere Ausdehnung hat die Praxis vermittelt, indem sie dieß Pfandrecht auch den Städten gewährte wegen städtischer Abgaben und wegen ihrer Ansprüche an städtische Verwalter aus deren Administration. b) Den bevormundeten Personen steht wegen ihrer Ansprüche aus der Vormundschaft ein Pfandrecht zu an allen Gütern ihres Vormundes. Ausdrücklich werden in den Gesetzen nur namhaft gemacht Pupillen, Minderjährige und Wahnsinnige[165]); hiernach ist es streitig, ob es auch anderen bevormundeten Personen gleichmäßig zusteht, obschon der Grund des Gesetzes bei diesen gleichfalls zutrifft. Heurathet die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder vor der Rechnungsablegung und Herausgabe des Vermögens, so erstreckt sich das Pfandrecht der letzteren sogar auf die ganze Gütermasse ihres Stiefvaters[166]). Ob das Pfandrecht auch an den Gütern des Protutors zusteht, ist gleichfalls bestritten; indeß spricht für die Bejahung theils die Identität des Grundes, welcher hier in seiner ganzen Stärke hervortritt, theils hauptsächlich noch der Umstand, daß auch das privilegium exigendi, was bei der actio tutelae vorkommt, schon nach dem classischen Pandektenrechte auf die actio protutelae übertragen worden ist. c) Den Kindern am Vermögen ihrer Eltern wegen gewisser, ersteren eigenthümlich angehörender Güter, die sich in der gesetzlichen Administration und im Nießbrauche der letzteren zur Zeit befinden. Dieß gilt einmal für alle Vermögenstücke der aus dem mütterlichen und von mütterlichen Adscendenten herrührenden Güter am Vermögen des Vaters, welchem vermöge der väterlichen Gewalt Nießbrauch und Verwaltung derselben zufällt[167]); sodann auch namentlich wegen der Vermögensstücke, welche durch die zweite Ehe der Eltern der Proprietät nach an die Kinder aus der ersten Ehe fallen[168]) (und zwar soll im letzten Falle das Pfandrecht nicht erst mit dem Abschluß der Ehe anheben, sondern schon in dem Augenblicke als bestehend angenommen werden, wo sie von dem coniux binubus erworben worden sind). d) Dem Ehemanne steht eine allgemeine Hypothek zu wegen eines bestellten Heurathsgutes oder wegen der Eviction der einzelnen Dotalsachen an dem Vermögen dessen, welcher sie zu entrichten hat[169]). e) Die recht=

164) L. 6. §. 1. D. 49. 14. Hier möchte indeß die ratio Caesario nach dem sonstigen Sprachgebrauche eher von der Casse des designirten Amtsnachfolgers in der Kaiserwürde zu verstehen sein.

165) L. 20. C de administr. (5. 37.) L. 7. §. 5 u. 6. C. de cur. fur. (5. 70.) L. un. §. 1. C. de rei ux. (5. 13.)

166) L. 6. C. 8. 15. Nov. 22. cap. 40.

167) L. 8. §. 4. C. de sec. nupt. (5. 9.) L. 6. §. 4. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.) Nach der Auslegung v. Löhr's (Archiv für civil. Praxis Bd. 10, 4.) würde die Hypothek ganz schwinden, und namentlich in der ersten Stelle lediglich von der Hypothek wegen des zweiten Falles die Rede sein. S. indessen dagegen v. Vangerow a. a. O. Bd. II, S. 771.

168) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. C. de secundis nupt. (5. 9.)

169) L. un. §. 1. C. de rei ux. (5. 13.)

gläubige Ehefrau hat ein generelles Pfandrecht an allen Gütern ihres Ehemannes, einmal wegen der Rückgabe ihres Heurathsgutes[170]), was Einige mit Recht wohl auch auf die Braut ausdehnen; sodann auch wegen Rückgabe der paraphernalia nomina, d. h. der außenstehenden Capitalien, welche nicht zu ihrem Heurathsgute gehören, wenn sie deren Verwaltung dem Ehemanne ausdrücklich übertragen und dieser sie hierauf eingezogen hat[171]), was die Praxis auch auf alle anderen Paraphernalgüter anwendet, deren Verwaltung dem Ehemanne zufällt; endlich noch wegen der ihr vom Ehemanne bestellten donatio propter nuplias[172]). In Rücksicht auf diese genannten Ansprüche ist der wirklichen Ehefrau die putative gleichzustellen, wenigstens liegt dieß im Geiste des canonischen Rechtes. Ob diese Hypotheken auch auf die jüdischen Ehefrauen gehen, ist unter den Rechtslehrern streitig. f) Jeder, an welchen das einer Person unter der Bedingung, nicht wieder zu heurathen, Hinterlassene fällt, hat, wenn der Bedachte diese Bedingung nicht erfüllt, wegen der Restitution des Hinterlassenen eine generelle Hypothek an den Gütern des Bedachten[173]). g) Die Kirche hat ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Emphyteuta wegen der Deteriorationen an der Emphyteuse, welche dieser Emphyteuta zu vertreten hat[174]). — Erweislich speciell sind folgende einzelne Pfandrechte. 1) Wer zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes (nicht blos zu einer gewöhnlichen Reparatur) entweder dem Bauherrn selbst oder aber auf dessen Auftrag dem Baumeister Geld zu diesem Zwecke vorgeschossen hat, erhält ein stillschweigendes Pfandrecht an dem aufgeführten Gebäude selbst, was dann natürlich auch Grund und Boden afficirt[175]). Dabei wird vorausgesetzt, daß das Geld ausdrücklich zu diesem Zwecke vorgeschossen und empfangen worden, auch das Gebäude bereits aufgeführt ist, weil sonst das Pfandrecht keinen Gegenstand haben würde; endlich die Verwendung des Geldes zu diesem

---

170) L. un. §. 1. C. de rei ux. (5. 13.) §. 23. J. de action. (4. 6.) Nov. 109.

171) L. 11. C. de pactis conventis, tam super dote. (5. 14.) Die ursprüngliche Beschränkung, daß die Verwaltung der Paraphernalnomina dem Manne in den Dotalverträgen ausdrücklich übertragen worden, wird heute nicht weiter beachtet.

172) Nov. 109. cap. 1.

173) Nov. 22. cap. 44. §. 2. 3 u. 9. Indeß hat Marezoll in Grolman's und v. Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 4, Nr. 11, §. 9 eine andere Erklärung der Stelle vorgeschlagen, wodurch die Hypothek verschwinden soll. Allein diese Erklärung scheint an sich unzulässig; die stillschweigende Hypothek wird durch das Zeugniß der alten Novellencommentatoren des Theodorus und Athanasius erwiesen. Vgl. Heimbach, in Linde's Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. 16, S. 28 flg. Dafür haben sich in der neueren Zeit auch erklärt Puchta, v. Vangerow u. A.

174) Nov. 7. cap. 3. §. 2.

175) L. 1. D. in quibus caus. (20. 2.)

Zwecke, was indeß nicht gerade von den einzelnen Geldstücken zu verstehen ist, sondern wobei es schon genügt, daß der Empfänger nachher den Bau aus seinem, durch die erhaltene Summe vermehrten, Vermögen ausgeführt hat. 2) Pupillen (vielleicht auch alle Minderjährigen) haben an Sachen, welche mit ihrem eigenen Gelde von irgend Jemand nicht für sie gekauft worden sind, wegen der Erstattung dieser Geldsumme ein stillschweigendes Pfandrecht an der angeschafften Sache selbst, wenn sie es nicht vorziehen, daran das Eigenthumsrecht geltend zu machen[176]). 3) Der Verpachter eines praedium rusticum hat wegen aller Forderungen aus dem Pachtcontracte ein Pfandrecht an allen Früchten, welche der Pachter oder der Afterpachter aus dem Felde oder aus dem Landgute gezogen hat[177]). Auf Früchte, welche noch auf dem Grundstücke stehen, ist das Pfandrecht wohl nie bezogen worden, weil sie, so lange sie davon nicht getrennt sind, als Theil des Grundstückes gelten und von dem Eigenthume desselben angezogen werden, also auch nicht Gegenstand des Pfandrechtes sein können, weil ein solches an der eigenen Sache undenkbar ist (vgl. S. 14 flg.). Auf die invecta und illata des ersten und zweiten Verpachters hat sich das Pfandrecht niemals erstreckt; an diesen kann also der Verpachter nur durch besondere Bestellung ein Pfandrecht erhalten[178]). Indeß kann ein Pachter zugleich Abmiether einer Wohnung sein, und dann freilich wird auch das folgende Pfandrecht zutreffen. 4) Der Vermiether eines praedium urbanum hat wegen aller Forderungen aus dem Miethcontracte ein Pfandrecht an den invecta und illata des Miethmannes, d. h. an den eigenen Sachen desselben, welche dieser in das Haus bringt in der Absicht, sie immer da zu lassen[179]). Ob der Vermiether des Hauses um die Einschaffung der Einzelgegenstände weiß oder nicht, ist gleichgiltig[180]). Ferner gilt das Pfandrecht auch bei der Vermiethung von Magazinen und bloßen Bauplätzen[181]). Diesem Rechte unterliegen aber nicht blos die invecta des Miethmannes, sondern, wenn dieser weiter vermiethet hat, gewissermaßen auch die des Aftermiethers. Das juristische Verhältniß an der Sache ist hier so zu denken. Des letzteren invecta haften dem Aftervermiether stillschweigend wegen aller Forderungen aus der Aftervermiethung, und an diesem Pfandrechte hat zugleich der erste Vermiether ein

---

176) L. 7. pr. D. qui potiores. (20. 4.) L. 6. C. de servo pignori. (7. 8.) L. 3. pr. D. de rebus eorum. (27. 9.) Vgl. Buchholz, Versuche S. 204 flg.

177) L. 7. pr. D. in quibus causis. (20. 2.) L. 24. §. 1. D. locati. (19. 2.)

178) L. 4. pr. D. 20. 4. Daraus ist die allgemeinere Fassung, namentlich das voluntate dominorum in L. 5. C. de locato et cond. (4. 65.) zu erklären. Zwischen L. 7. pr. u. §. 1. D. 20. 2. ist offenbar von den Pandektencompilatoren etwas weggelassen worden.

179) L. 2—4. L. 6. L. 7. §. 1. D. in quibus causis. (20. 2.) L. 32. D. de pign. (20. 1.) L. 4. pr. D. de pactis. (2. 14.)

180) L. 5. C. de locato et cond. (4. 65.)

181) L. 3. D. in quibus causis. (20. 2.)

weiteres Pfandrecht, ein sogen. Afterpfand [182]). Den Begriff invecta et illata erläutern die alten byzantinischen Ausleger dahin, daß der erste Theil des Ausdruckes auf leblose Sachen geht, die hineingeschafft werden müssen; der zweite hingegen gehe auf lebende Wesen, die man hineinzubringen gewohnt sei, z. B. Schafe, Ochsen u. s. w. [183]). Indessen sind diese Kunstausdrücke nicht gerade stehend; in manchen Stellen der classischen Juristen steht dafür inducta et illata [184]), oder auch inducta invecta [185]), und dieß nun paßt nicht zur Begriffsbestimmung der Byzantiner. 5) Die Vermächtnißnehmer ohne Unterschied des Legates und Fideicommisses haben wegen Ausantwortung des Vermächtnisses eine stillschweigende Hypothek an den Erbgütern, welche die Onerirten aus der Erbmasse erhalten haben [186]). Sind mehrere Onerirte pro rata zur Leistung des Vermächtnisses verpflichtet, so haften natürlich die Erbgüter eines jeden nur zu seinem Antheile an der Schuld, was Manche indeß so verstanden haben, als sollte die Erbschaft im ganzen Gegenstand einer Hypothek sein [187]), womit dann weiterhin der Irrthum zusammenhängt, dieß Pfandrecht nicht für ein specielles, sondern für ein allgemeines zu erklären. 6) Die Ehefrau hat wegen der Rückgabe ihrer Dotalsachen außer den generellen Hypotheken an allen Gütern des Ehemannes auch noch eine specielle an den Dotalsachen selbst, wenn sie noch in Natur vorhanden sind. Diese Hypothek concurrirt mit der zu ähnlichen Zwecken der Ehefrau zustehenden Eigenthumsklage; zwischen beiden findet ein electives Wahlrecht statt [188]). Manche neuere Gelehrten halten diese Hypothek für aufgehoben durch die spätere Generalhypothek, welche die Frau an allen Gütern ihres Ehemannes hat, allein die Aufhebung ist nirgends ausgesprochen, auch sonst auf keine Weise angedeutet. — Außer den angeführten Legalhypotheken sind nach dem Inhalte der römischen Rechtsquellen weiter keine erweislich, und, weil überall strenger Beweis aus deren Interpretation verlangt wird, müssen wir bei dem angegebenen Verzeichnisse stehen bleiben. Indessen haben manche neuere Rechtslehrer es sich ordentlich zum Geschäfte gemacht, die Zahl dieser Hypotheken zu vermehren, indem sie zum Theil, wo in den Quellen ein Beispiel eines Pfandrechtes vorkommt, dasselbe sofort für ein gesetzliches gehalten

---

182) Hierauf bezieht sich L. 5. pr. D. in quibus causis. (20. 2.) L. 11. §. 5. D. de pignor. actione. (13. 7.)

183) Theophilus zu L. 4. D. de pactis in Basil. ed. Heimbach. I. p. 556., dem auch Philoxenus in seiner Novellenbearbeitung beistimmt.

184) L. 4. L. 7. pr. D. in quibus causis. (20. 2.) L. 5. C. de locato. (4. 65.)

185) L. 32. D. de pign. (20. 1.)

186) L. 1 u. 2. C. comm. de legatis. (6. 43.) Nov. 108. cap. 2.

187) Den Irrthum hat zuerst aufgedeckt v. Löhr, im Archive für civil. Praxis Bd. 5, S. 211.

188) L. 30. C. de iure dot. (5. 12.) Vgl. Buchholtz, Versuche S. 208.

haben, zum Theil durch Erstreckung der bestehenden gesetzlichen Pfandrechte auf analoge Fälle. In diesem Sinne hat man generelle stillschweigende Hypotheken zugestanden dem Bestohlenen am ganzen Vermögen des Diebes wegen Ersatzes der gestohlenen Sache; den Kirchen und Hospitälern am Vermögen ihrer Verwalter wegen Rückständen aus der Verwaltung. Dann auch specielle: dem Schiffer und Fuhrmann an den Waaren, die er geladen hat wegen Bezahlung des Portos; ferner dem, welcher zur Erbauung eines Hauses, oder zur Ausrüstung eines Schiffes, oder sonst zur Anschaffung einer Sache Geld dargeliehen hat, am Hause und beziehungsweise am Schiffe und der angeschafften Sache; sodann dem Verpachter eines praedium rusticum an den invecta et illata seines Pachters wegen aller Forderungen aus dem Miethcontracte; endlich dem, welcher jährliche Renten aus einem Grundstücke zu beziehen oder aus der Emphyteuse einen Canon zu fordern hat, an dem Grundstücke selbst oder beziehungsweise an dem emphyteutischen Rechte des Erbzinsmannes (am Grundstücke selbst könnte im letzten Falle schon deßhalb kein Pfandrecht vorkommen, weil dieß an eigenen Sachen des Pfandgläubigers unmöglich ist). Alle diese Ausdehnungen bereits bekannter Hypotheken und diese Aufstellung neuer sind schon aus dem allgemeinen Grunde durchaus zu verwerfen, weil stillschweigende Hypotheken an und für sich ein juristisches Uebel bilden, und sich auch unter den wirklich erwiesenen Fälle vorfinden, in welchen der Gesetzgeber sie ohne hinreichenden Grund verliehen zu haben scheint. Von diesem Standpunkte aus scheint es nur zu billigen, daß die Territorialgesetzgebung die stillschweigenden Hypotheken entweder ganz und gar aufgehoben oder wenigstens mehrfach beschränkt hat. Dieß nun ist auch im Interesse des allgemeinen Credits zu billigen, welcher namentlich durch die generellen Hypotheken dieser Art auf unabsehbare Weise untergraben wird.

Die Wirkungen des Pfandrechtes anlangend, so läßt sich das Detail der Rechtsvorschriften, welche hier in Frage kommen, am besten übersehen, wenn wir zunächst das Verhältniß des Verpfänders zur Pfandsache einer genaueren Betrachtung unterwerfen. Hier liegt schon nach der klar ausgesprochenen Trennung der Pfandfrage von der Eigenthumsfrage von selbst der Grundsatz auf der Oberfläche, daß der Verpfänder auch nach der Verpfändung forthin das Eigenthum der Pfandsache behält, wenn er es schon früherhin hatte, und zwar so lange, bis sein Eigenthum entweder durch den Verkauf von Seiten des Pfandgläubigers oder durch den Zuschlag des Pfandes zum Eigenthum zerstört wird. Eine bloße Folge dieser Ansicht ist es, daß man ihm die Ausübung aller Eigenthumsrechte zugestehen muß, insofern diese nicht durch das dem Anderen zustehende Pfandrecht beschränkt wird, weil er von seinem Eigenthum nur so viel verliert, als mit dem Bestehen jenes Pfandrechtes unverträglich scheint. So behält er, insofern nicht der Besitz an den Pfandgläubiger übergegangen ist, den vollen Fruchtgenuß und Gebrauch der

Pfandsache. Wie ihn aber als Eigenthümer aller zufällige Schaden trifft, ebenso hat er auch jeden zufälligen Vortheil aus der Sache[189]. Außerdem hat er natürlich die gewöhnlichen Eigenthumsklagen gegen Dritte mit Ausnahme des Pfandgläubigers, die negatoria und rei vindicatio. Einiger Beschränkung unterliegt freilich seine Veräußerungsbefugniß, welche nach dem classischen Pandektenrechte durch das Pfandrecht wesentlich afficirt wird. An unbeweglichen Pfandsachen steht ihm auch hier nach der Regel die freie Veräußerungsbefugniß zu, so daß er in Folge des Kaufes auch Eigenthum übertragen kann[190]; der Einwilligung dazu von Seiten des Pfandgläubigers bedarf es nicht. Indessen geht dann immer das Eigenthum mit seinen Beschwernissen über, d. h. der neue Eigenthümer rückt nur an die Stelle des Pfandschuldners und das auf der Sache haftende Pfandrecht wird nicht beeinträchtigt[191]. Natürlich kann aber der Käufer, wenn er von dem Bestehen jenes Pfandrechtes nicht unterrichtet worden, so lange der Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt ist, vom Kaufe einseitig abstehen oder auf das Interesse und beziehungsweise auf die Evictionsleistung klagen. Nur wenn sich der Pfandschuldner dieses Veräußerungsrechtes durch besonderen Vertrag mit dem Pfandgläubiger begeben hat, wird der Kauf als null und nichtig betrachtet (vgl. oben S. 13 flg.). Ganz anders wird der Verkauf von beweglichen Sachen durch den Pfandschuldner behandelt, wenn dieß ohne Befriedigung des Pfandgläubigers geschieht. Weil nämlich dergleichen Sachen vom Käufer verborgen gehalten werden können, und dadurch der Pfandgläubiger in Gefahr kommt, die Execution seines Pfandrechtes zu verlieren, so wird ein solcher Verkauf nach der Ansicht der classischen Juristen als Diebstahl behandelt, mit der Wirkung, daß gegen den Pfandschuldner dann die Diebstahlsklagen und die furtiva condictio angestellt werden können[192]. — Was von dem Verkaufe der Pfandsache durch den Pfandschuldner gilt, muß natürlich auch auf andere Veräußerungsformen übertragen werden, auf Schenkung, Legat, Hingabe an Zahlungsstatt. Indessen

---

189) L. 21. §. 2. D. de pign. (20. 1.) L. 9. C. de pign. act. (4. 24.) Vgl. L. 52. pr. D. de fideiuss. (46. 1.)

190) L. 18. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7.) L. 12. C. de distr. pign. (8. 28.) Auf diese Verkaufsbefugniß bezieht sich auch die Möglichkeit, das Pfand an den Pfandgläubiger selbst zu verkaufen oder es ihm an Zahlungsstatt hinzugeben. L. 34. D. de pign. act. (13. 7.) L. 12. pr. D. de distr. pign. (20. 5.) L. 1. C. si antiq. cred. (8. 20.) L. 13. C. de pign. (8. 14.) L. 4. C. de evict. (8. 45.)

191) L. 18. §. 2. D. 13. 7. L. 15. C. de pignor. (8. 14.) L. 10. C. de remiss. pignoris. (8. 26.) Die Einwilligung des Pfandgläubigers in den vom Pfandschuldner abgeschlossenen Verkauf wird als remissio pignoris behandelt. L. 7. pr. D. quibus modis pignus. (20. 6.) L. 4. C. de remiss. pign. (8. 26.)

192) L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. de furtis. (47. 2.) Vgl. v. Löhr, im Archive für civ. Praxis Bd. 14, S. 168.

wird in den letzten Fällen überall hervorgehoben, daß, wofern der Pfandgläubiger nicht ausdrücklich in die Veräußerung willigt, das Pfandrecht hier überall stehen bleibt, weil seine Lage nicht durch einseitige Handlungen des Pfandschuldners verschlechtert werden soll [193].

Wir haben bisher das Verhältniß des Pfandschuldners zur Pfandsache erörtert; jetzt soll auch das des Pfandgläubigers zum Objecte, woran das Pfandrecht zusteht, in nähere Betrachtung gezogen werden. Das Recht auf den Besitz, was dem Pfandgläubiger zukommt, gründet sich außer den Fällen des Faustpfandes, in welchem der Besitz an ihn vom Pfandschuldner sofort übertragen wird, lediglich auf die Zuständigkeit der hypothekarischen Klage, der in rem actio, welche jedem Pfandgläubiger vermöge des ihm zustehenden Pfandrechtes zusteht. Diese Klage stammt aus dem prätorischen Edicte [194]), und ward nach dessen Vorschrift zuerst nur dem Verpachter eines Grundstückes gegeben, um den Besitz von Sachen des Pachters zu erhalten, welche ihm für die Abzahlung des Pachtzinses ausdrücklich verpfändet waren. Dann aber war sie an folgende Voraussetzungen gebunden: einmal, daß überhaupt eine Hauptschuld besteht; sodann daß die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung in bonis des Pfandschuldners sich befunden hatte [195]); endlich daß die Hauptschuld weder durch Zahlung getilgt, noch sonst dem Kläger deßhalb satisfactio geworden, er auch überhaupt an seiner Nichtbefriedigung nicht Schuld ist [196]). Alle diese Voraussetzungen gingen nun auch in die hypothekarische Klage über, welche durch eine Ausdehnung über jenen ursprünglichen Fall hinaus entstanden ist und deßhalb bald utilis in rem actio, quasi Serviana actio, Serviana utilis genannt wird; der gewöhnliche Name, unter welchem sie in den Rechtsquellen vorkommt, ist indeß hypothecaria oder pignoraticia (in rem) actio, manchmal mit dem Beisatze Serviana oder quasi Serviana, um sie von den übrigen Fällen der Serviana actio zu unterscheiden, welche bei der bonorum venditio vorkommt [197]). Sie ist eine wirkliche in rem actio [198]), in factum concipirt, und hatte schon zur Zeit der classischen Juristen die Natur einer arbitraria actio, worin zuerst der iussus iudicis vorkam, und erst wenn der Beklagte diesem nicht nachkam, die Condemnation des Beklagten auf das klägerische Interesse erfolgen konnte. Der Zweck der Klage ist lediglich, daß dem Kläger der Besitz der Pfandsache mit allem Zubehör eingeräumt werde auf den

---

193) L. 15. C. de pignoribus. (8. 14.)

194) §. 7. §. 31. J. 4. 6. Vgl. hierüber hauptsächlich Büchel, über die Natur des Pfandrechtes S. 106 flg.

195) L. 3. pr. D. de pign. (20. 1.) L. 6. C. si aliena res. (8. 16.)

196) L. 19. C. de usuris. (4. 32.)

197) Ueber alle diese Ausdrücke vgl. Sintenis a. a. O. S. 551 flg.

198) L. 17. D. de pignor. (20. 1.) L. 18. C. de pignoribus. (8. 14.) L. 2. C. si unus ex hered. (8. 32.) §. 31. J. de act. (4. 6.)

Grund des Pfandrechtes hin von einem Jeden[199]), welcher sie besitzt oder dem Besitzer juristisch gleichgeachtet wird, aber auf diesen Besitz ein minderes Recht hat als der Kläger selbst[200]), wofern er es nicht vorzieht, durch vollständige Befriedigung des Klägers die Herausgabe der Sache abzuwenden[201]). Zur näheren Bestimmung der Sache sind folgende Einzelfragen zu unterscheiden.

1) Wer ist zur Klage berechtigt? Hier ist zu antworten: jeder, welcher ein Pfandrecht an der Sache hat, oder dessen Erben, sofern sie nur nicht im Besitze der Pfandsache sind. Also ist berechtigt nicht blos der hypothekarische Gläubiger, sondern auch der Faustpfandberechtigte, wenn er nur den Besitz der Pfandsache verloren hat; einerlei ob durch eigene Schuld oder durch Zufall. Ferner hat sie nicht blos der erste hypothekarische Gläubiger, sondern auch jeder Andere vermöge seines Pfandrechtes; nur daß sie gegen frühere Pfandgläubiger angestellt, wegen der diesen zuständigen Exception nicht leicht von Erfolg sein wird. Von diesen Personen kann sie aber gebraucht werden theils um den Pfandverkauf zu realisiren, theils um sich den Besitz der Pfandsache und dessen Vortheile zu sichern, woran unter Umständen dem Kläger mehr gelegen sein kann, als an dem einfachen Pfandverkaufe.

2) Was gehört zur Begründung der Klage? Schon nach dem prätorischen Edicte ist die Klage, wie die einfache serviana actio, gebunden an die Existenz einer Hauptschuld; dieß liegt schon in der Formel der Klage sehr entschieden ausgesprochen. Wird die Existenz der Hauptschuld mittelbar oder unmittelbar durch die Vorschützung der doli mali oder non numeratae pecuniae exceptio geleugnet, so hat sie der Kläger zweifelsohne zu erweisen[202]). Indessen ist dieß nicht gerade so zu verstehen, als ob auch bereits die Fälligkeit dieser Schuld zur Anstellung der Klage verlangt werde; vielmehr reicht es, wie bei

---

199) L. 66. pr. D. de evict. (21. 2.) L. 12. pr. D. qui potiores. (20. 4.) Von der Literatur über die Pfandklage sind im Folgenden hauptsächlich benutzt worden Büchel, über die Natur des Pfandrechtes S. 125 flg., in dessen civil. Abhandlungen Bd. 1, dann die Bemerkungen von Huschke, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß von Linde und Marezoll Bd. 20, S. 168 flg., Rudorff, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13, S. 226 flg.

200) L. 12. pr. D. 20. 4. Wer ein stärkeres oder gleich starkes Recht auf den Besitz hat, wird durch eine Exception geschützt.

201) L. 16. §. 3. D. de pign. (20. 1.) L. 11. §. 4. L. 19. D. qui pot. (20. 4.) L. 2. L. 12. §. 1. D. quibus modis pignus. (20. 6.) L. 2. C. 8. 32.

202) Dieß besagen ausdrücklich L. 3. C. de non num. pec. (4. 30.) L. 1. C. si pignoris convent. (8. 33.) L. 1. C. 4. 30. Die Worte in der zweiten Stelle nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae enthalten ein, von der Pfandklage und deren Fassung hergenommenes Argument. In dieser Formel sind nämlich die Worte verum est enim solutam pecuniam non esse stehend. L. 59. pr. D. ad SC. Treb. (36. 1.) L. 13. §. 1. D. ad SC. Vell. (16. 1.) L. 13. §. 5. D. de pignor. (20. 1.)

anderen prätorischen in factum actiones schon hin, daß nur das deberi vorhanden ist. Am klarsten zeigt sich dieß in der verschiedenartigen Behandlung der in diem obligationes und derer, welche von einer Suspensivbedingung abhängen, so lange jene Bedingung noch schwebt. Im ersten Falle ist schon vor dem Eintritte des Zahltages ein wirkliches debitum vorhanden; mithin auch vorher die Anstellung der Pfandklage möglich [203]); im zweiten hingegen ist nach der Ansicht der classischen Juristen nur eine Hoffnung vorhanden, daß irgend einmal ein deberi zur Existenz kommen werde, also vor Erfüllung jener Bedingung auch die Pfandklage undenkbar [204]). — Ferner ist es eine weitere Voraussetzung der Klage, welche der Kläger im Leugnungsfalle zu beweisen hat, daß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner eine Pfandconvention wirklich abgeschlossen sei, und davon war wieder in der intentio der Formel die Rede [205]). — Sodann eine dritte, daß die Pfandsache bei dem Abschlusse der Pfandconvention zum Vermögen des Pfandschuldners gehört habe oder, wie die römischen Rechtsquellen sich ausdrücken, in bonis des Pfandschuldners gewesen sei; und auch das stand in der intentio [206]). Dieß hat man nicht gerade vom Eigenthum des Pfandschuldners, sondern von dem Gehören zu dessen Vermögen verstanden, in der Weise, daß ein in bonis schon dann angenommen wird, wenn er den verlorenen Besitz durch irgend welche, wenn auch nur persönliche Klagen wieder erlangen kann [207]). Hiernach reicht es aus, daß der Kläger auch nur bonae fidei possessio, pignus, superficies, emphyteusis des Verpfänders für den angegebenen Zeitpunkt nachweist. In dieser Rücksicht kommt nicht das gegenwärtige Recht des Verpfänders, sondern lediglich dessen früheres Recht an der Sache in Frage, und daraus folgt weiterhin, daß die Pfandklage nicht durch die Veräußerung und Usucapion des Eigenthums ausgeschlossen wird, weil hier die Eigenthums- und Pfandrechtsfragen auseinander gehen. Bei Sachen, welche im Augenblicke der Verpfän-

203) L. 14. pr. D. de pign. et hypoth. (20. 1.) Vgl. Huschke, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 20, S. 163.

204) L. 13. §. 5. D. ibid., auch der Schluß von L. 5. pr. D. ibid. Vgl. Huschke a. a. O. S. 147. Anderer Meinung ist Sintenis a. a. O. S. 55, welcher die Klage in der Zwischenzeit wenigstens auf Sicherstellung zuläßt.

205) L. 23. D. de prob. (22. 3.) L. 13. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1.) Hierauf gehen auch L. 1. C. 4. 30. L. 1. C. 8. 33. L. 30. §. 1. in fin. D. de exc. rei iud. (44. 2.)

206) L. 23. D. 22. 3. L. 3. pr. L. 15. §. 1. D. de pignor. (20. 1.) L. 6. C. si aliena res. (8. 16.) Vgl. Rudorff, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgeg. von v. Savigny, Bd. 13, S. 231 flg. Anspielungen darauf enthalten L. 3. pr. L. 9. pr. D. 20. 1. L. 5. C. 8. 16.

207) L. 6. C. 8. 16. L. 1. pr. D. 20. 1. Daß er auch aus der bonae fidei possessio des Verpfänders klagen kann, ergibt sich aus folgendem Umstande. Es gibt keine besondere publicianische quasi Serviana, sondern die Serviana wird dem Gläubiger insoweit gegeben, als des Verpfänders Publiciana reicht. L. 18. D. de pignor. L. 21. §. 1. D. de pign.

dung noch nicht zum Vermögen des Verpfänders gehört haben, half man durch Modificationen in der Formel nach, wornach auch das Beweisthema bezüglich des modificirten Punktes eine andere Richtung erhalten konnte. Dieß findet statt bei dem Sclavenkinde und den Früchten der verpfändeten Sache, wo man vielleicht anstatt der vindicirten Frucht die Hauptsache selbst in der Formel namhaft machte; ferner bei später erworbenen selbstständigen Sachen, wo die utilis actio eintrat. Ungeachtet die römischen Rechtsquellen diesen Beweis in allen Fällen verlangen, wo die quasi Serviana angestellt wird, und ihn nach der Fassung der Intention auch verlangen müssen, so führt doch eine genauere Betrachtung der hier möglicher Weise vorkommenden Fälle zu dem Resultate, daß dem Kläger dieser Beweis erlassen wird, sobald die Pfandklage gegen den Pfandschuldner und dessen Erben gerichtet wird. Wenn hier der Beklagte die oben herausgehobenen Umstände leugnet, sei es auch in der Form einer besonderen Exception, so hat der Kläger die doli replicatio zur Entkräftung dieses Einwandes [208]), was zur Folge hat, daß des Beklagten Leugnen nicht beachtet wird. Hiernach tritt die Nothwendigkeit des Beweises lediglich in den Fällen hervor, wo die Pfandklage gegen Dritte angestellt wird. — Außer diesen allgemeinen drei Erfordernissen der hypothekarischen Klage gibt es noch andere, welche zwar auch in ihrer Fassung vorkommen oder durch sie und mit ihr gegeben sind, aber nicht gerade Gegenstand des klägerischen Beweises werden. Dahin gehören folgende Einzelpunkte. 1) Das Pfandobject muß eine körperliche Sache sein oder wenigstens ein Recht, dessen Inhalt das Haben, Besitzen und Benutzen einer Sache einschließt [209]). Am klarsten ergibt dieß der Zweck der Pfandklage, welche lediglich die Bestimmung hat, den Besitz der Sache zu verschaffen, auf welcher das Pfandrecht ruht; sodann auch die Behandlung des pignus nominis und subpignus in den römischen Rechtsquellen, wovon indeß erst späterhin die Rede sein kann. 2) Die Pfandschuld darf weder bezahlt, noch die Annahme der Zahlung von dem Pfandgläubiger geweigert werden. Beides stand in der Formel [210]). Auf den ersten Theil dieser negativen Bedingung spielt M a r c i a n in seinem Commentar zur formula hypothecaria an, wenn er die Worte si soluta est pecunia aut satisfactum als deren Vorbedingungen bezeichnet [211]).

---

208) L. 21. §. 1. D. de pign. (20. 1.) nach der gewöhnlichen Erklärung. Anders wird die Stelle erklärt von H u s c h k e a. a. O. Bd. 20, S. 184 flg.

209) Darauf macht zuerst aufmerksam H u s c h k e a. a. O. Bd. 20, S. 180.

210) L. 19. C. de usuris. (4. 32.) L. 1. C. 8. 33. L. 1. C. 4. 30. Auf das letzte geht auch L. 11. §. 4. D. 20. 4. L. 3. C. de luit. pign. (8. 31.) Auf diese Grundlage hin haben manche ältere Practiker behauptet, daß, wenn die Klage gegen Dritte angestellt wird, das petitum ad causam alternativ lauten müsse, d. h. entweder auf Restitution der Sache oder Bezahlung der Hauptschuld.

211) L. 13. §. 4. D. 20. 1.

Auch beziehen sich darauf viele Aeußerungen der classischen Juristen, welche überall ein Fortbestehen des Pfandrechtes annehmen, wo ein solches einmal bestellt war, und gleichwohl die Forderung nicht durch die Befriedigung des Pfandgläubigers weggefallen war[212]. 3) Der Beklagte muß sich entweder in dem Besitze der verpfändeten Sache befinden, oder aber in der Lage sein, daß er dem wahren Besitzer gleichgeachtet werden kann (die Fälle der sogen. ficta possessio)[213]. Dieß liegt schon in der Natur der Serviana als dinglicher Klage; allein in der Formel stand nichts davon, weßhalb die Cognition über diese Frage schlechthin zum officium iudicis gerechnet werden muß. Im römischen Rechte war dieser Besitz des Beklagten nicht ein besonderer Punkt des klägerischen Beweises; vielmehr half hier, wie bei anderen in rem actiones, die interrogatio in iure mit ihren Folgen aus. Im heutigen Prozesse wird dieser Besitzpunkt als legitimatio ad causam passiva behandelt, welche unter Umständen auch Theil der Klage und des klägerischen Beweises werden kann. Nach welchen Regeln dieser Besitz des Beklagten zu beurtheilen sei, wird in den römischen Rechtsquellen nicht weiter berichtet. Demnach entscheiden wohl die allgemeinen Regeln von der Eigenthumsklage, welcher die prätorischen dinglichen Klagen nachgebildet sind. Hiermit ist zugleich die Entscheidung der folgenden Frage gegeben.

3) Gegen wen kann die Klage angestellt werden? Hier ist zu antworten: gegen jeden Besitzer des Pfandes, einerlei ob es der Verpfänder selbst ist oder ein Dritter. Sogar wer vermöge eines ihm zustehenden Pfandrechtes sich im Besitze der Sache befindet, unterliegt derselben, wofern nur das Pfandrecht des Klägers stärker ist, weil dann die Einrede des zuständigen Pfandrechtes von Seiten des Beklagten durch die Replication des stärkeren Pfandrechtes entkräftet werden kann[214]. Wer nicht besitzt, kann in der Regel nicht mit Erfolg belangt werden, er müßte denn arglistiger Weise den Besitz aufgegeben[215] oder sich freiwillig auf die Klage eingelassen haben, in welchen Fällen dann nach Analogie der Eigenthumsklage die ficta possessio eintritt, in deren Folge er gerade so in der dinglichen Klage verurtheilt werden kann, wie wenn er der wahre Besitzer der Sache wäre.

4) Was ist Gegenstand der Condemnation? Nach der Eigenthümlichkeit der arbitrariae actiones geht auch hier jeder Con-

---

212) L. 13. §. 4. D. 20. 1. L. 59. pr. D. ad SC. Treb. (36. 1.) L. 13. §. 1. D. 16. 1. L 30. §. 1. D. 44. 2. L. 3. C. 8. 31. L. 19. C. 4. 32.

213) L. 16. §. 3. D. 20. 1.

214) L. 11. §. 4. L. 12. pr. D. qui pot. in pignore. (20. 4.) L. 10. D. de pignor. (20. 1.) Vgl. Büchel, über die Natur des Pfandrechtes S. 126 flg.

215) L. 16. §. 3. D. de pign. (20. 1.): nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet (Marcianus, lib. singulari ad formulam hypothecariam).

demnation der iussus iudicis auf Restitution der Pfandsache voraus; wahrscheinlich ward dabei alternativ auch die Möglichkeit erwähnt, daß der Beklagte durch Zahlung der Hauptschuld und dessen, was dazu gehört, von der Condemnation frei werden konnte[216]). Dieser Befehl kann, wenn der Beklagte die Sache besitzt und dennoch die Restitution weigert, im Justinianischen Rechte durch Wegnahme der Sache auf dem Wege der gerichtlichen Hilfe realisirt werden. — Jedenfalls soll die Restitution vollständig geschehen, d. h. nicht blos in Betreff der Hauptsache, sondern auch des ganzen Zubehörs, welcher unzertrennlich damit verbunden ist. In dieser Rücksicht wird zunächst Gegenstand der Restitution die seit der Verpfändung zur Pfandsache hinzutretende Vermehrung durch Accrescenz des Nießbrauches zur Proprietät, Aufsetzung eines Aufbaues u. s. w.; außerdem noch, was rechtlich als Theil der Pfandsache angesehen wird, obschon es angefangen hat, ein für sich bestehendes Object zu bilden, z. B. das Sclavenkind und die Früchte. Abgesehen von den Fällen, in welchen beide Arten von Accessionen als selbstständiges Object des Pfandnexus erscheinen, weil das Pfandrecht von Anfang an von der Hauptsache aus zugleich auf sie mit erstreckt worden ist (einerlei ob ausdrücklich oder stillschweigend) und wo sie also auch Gegenstand einer besonderen hypothekarischen Klage sein können, so kommen dergleichen bei der Restitution nur insofern in Frage, als der Kläger ein Interesse daran hat, sie zu erhalten, d. h. wenn die Hauptsache zur eigenen Befriedigung nicht ausreicht[217]). Hiernach werden sie nur in folgenden Fällen Gegenstand des arbitratus: einmal die nach der Litiscontestation gezogenen oder verschuldet nicht gezogenen Früchte, wenn die Hauptsache zur Deckung des Gläubigers nicht ausreicht und der Gläubiger auch an den Früchten ein Pfandrecht hat; sodann unter gleichen Voraussetzungen auch die, welche vor der Litiscontestation gezogen worden sind, aber diese nur dann, wenn sie in der Natur der Dinge annoch existiren (wo dann auch nicht weiter zwischen dem Besitzer im guten und bösen Glauben unterschieden werden soll). Vor der Litiscontestation consumirte Früchte sind überall nicht Gegenstand der Pfandklage, ebensowenig solche, an denen der Pfandgläubiger kein Pfandrecht gehabt haben würde, wenn er sie als Besitzer der Sache selbst gezogen hätte, d. h. in allen Fällen, wo diese Früchte nicht bei dem Verpfänder und dessen Erben, sondern im Gewahrsam dritter Personen separirt worden sind.[218]) — Erfolgt die Restitution nicht in der angegebenen Weise, und wird auch die Hauptschuld nicht abgetragen, so liegt eine offenbare Contumaz des Beklagten vor, und es kommt dann die wirkliche Condemna-

---

216) Hierauf deutet Marcianus l. c. S. Rudorff a. a. O. Bd. 13, S. 235.

217) L. 16. §. 4. D. de pign. (20. 1.) Vgl. über das Folgende Huschke a. a. O. Bd. 20, S. 275 flg.

218) L. 1. §. 2. D. de pignor.

tion desselben auf eine runde Geldsumme heraus und zwar diese nach verschiedenen Grundsätzen, je nachdem der Pfandschuldner selbst beklagt ist oder aber ein am Pfandnexus unbetheiligter Dritter. Im ersten Falle nämlich kann das klägerische Interesse nur dem Betrage der Hauptschuld adäquat sein, weil der Gläubiger sonst den Ueberschuß herausgeben müßte; im zweiten kann es unter Umständen auch den Betrag der Hauptschuld übersteigen, doch muß dann der jetzige Kläger an den Verpfänder den Ueberschuß herausgeben[219]).

5) Welche Exceptionen werden gegen die Klage gestattet? Hier ist der Satz voranzustellen, daß nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze der Beklagte in manchen Fällen alle Exceptionen verliert. Wird nämlich vom Beklagten die Pfandconvention geleugnet, oder sonst in Abrede gestellt, daß die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung zum Vermögen des Verpfänders gehört habe, so muß er bei geführtem Beweise des Klägers die Pfandsache sofort an ihn herausgeben; und dieß läuft im endlichen Resultate auf ein Wechseln der Parteirollen hinaus und schließt eine Strafe für muthwilliges Prozessiren ein[220]). Von den Einreden, welche hier in Frage kommen, zeichnen die Quellen hauptsächlich folgende aus: a) die, welche sich auf ein stärkeres Pfandrecht des Beklagten gründet (si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata)[221]). — b) Die, welche sich auf ein gleich starkes Pfandrecht des Beklagten stützt (si non convenit, ut sibi res sit obligata), z. B. wenn die Sache Mehreren neben einander zu gleicher Zeit solidarisch einem Jeden war verpfändet worden (si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset)[222]). — c) Die Einrede der Excussion, d. h. das Verlangen des Beklagten, daß der Kläger erst auf andere Weise Befriedigung suche, ehe er gerade ihm die Pfandsache abfordert. Die Kunstsprache der neueren Zeit unterscheidet hier zwischen beneficium excussionis realis und personalis. Jenes findet bei der Verbindung eines speciellen und generellen Pfandrechtes bei der nämlichen Hauptschuld in der Weise statt, daß, wenn der Pfandgläubiger, welcher das generelle Pfandrecht vor dem speciellen geltend macht, er von dem Beklagten zuerst an das Specialpfand gewiesen werden kann, was zur Folge hat, daß die generell verpfändeten Sachen erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn aus dem Erlöse des Specialpfandes keine Befriedigung zu erlangen ist (vgl. den Art. beneficium excussionis in diesem Werke Bd. I, S. 908). Dieses hingegen kommt lediglich dem Besitzer des Pfandes zu, welcher nicht zugleich Hauptschuldner ist, und enthält das Verlangen,

---

219) L. 21. §. 3. D. de pign.

220) Vgl. den Art. Litiscontestation in diesem Werke Bd. VI, S. 725 flg.

221) L. 12. pr. D. qui pot. (20. 4.)

222) L. 10. D. de pign. (20. 1.) L. 12. pr. D. 20. 4.

daß vorerst der Hauptschuldner und dessen Successoren in die persönliche Obligation und, wenn dieß ohne Erfolg geschehen ist, vorerst der Bürge und dessen Nachfolger ausgeklagt werde, ehe der Hauptgläubiger sich an das Pfand und dessen Besitzer halten kann. Diesen Fall bezeichnet man gewöhnlich mit dem Namen: Einrede der Vorausklage (beneficium ordinis, vgl. hierüber den angeführten Art. in diesem Werke Bd. I, S. 902). — d) Die exceptio cedendarum actionum, welche dem dritten Besitzer des Pfandes in der Form der doli exceptio zusteht. Ist dieser nämlich im guten Glauben (iustus possessor), so kann er verlangen, daß der Pfandgläubiger ihm gegen Zahlung der Schuld seine Klage wider den Hauptschuldner sammt dem damit zusammenhängenden Pfandrechte abtrete[223]. Unrechtmäßigen Besitzern der verpfändeten Sache hat man die Einrede nie gestattet. — e) Die Einrede der Verjährung. Hier ist sofort klar, daß weder die Ersitzung des Pfandes noch die erwerbende Verjährung des Eigenthums in Frage kommt, weil die Pfandklage und die Eigenthumsfrage immer von einander getrennt werden. Auf diesem Felde nun finden wir in den Justinianischen Rechtsquellen zwei Arten der Verjährung erwähnt. Die erste ist die sogen. ordinaria praescriptio von 10 Jahren unter Anwesenden und zwanzig unter Abwesenden; sie gewährt jedem dritten Besitzer mit Ausschluß des Pfandschuldners Befreiung von dem Pfandnexus, wenn sein Besitz auf einem rechtmäßigen Titel beruht und im guten Glauben ausgeübt wird[224]. Daneben kann, wenn iustus titulus und bona fides fehlt, aushilfeweise die 30jährige Verjährung mit ähnlicher Wirkung eintreten. Steht indeß das Pfandrecht einer Kirche oder einer milden Stiftung zu, so wird regelmäßig nur ein vierzigjähriger Zeitraum berücksichtigt. — Was aber die eigentliche Klagenverjährung der Pfandklage betrifft, so ist zunächst eine dreißigjährige Verjährungsfrist festgesetzt worden, falls sie nicht gegen den Pfandschuldner, sondern gegen Dritte angestellt wird (von Theodosius II.)[225], wobei die Anstellung der Pfandklage gegen den Pfandschuldner und dessen Erben gar nicht berücksichtigt ward. Ein späteres Gesetz von Anastasius hat für alle, in der Theodosischen Verordnung nicht erwähnten Fälle eine vierzigjährige Verjährungsfrist festgesetzt[226]. Möglich, daß man zeitig geneigt war, diese Ver-

223) L. 19. D. qui pot. (20. 4.)

224) L. 1 u. 2. C. si adversus credit. (7. 36.) vgl. mit L. 5. §. 1. L. 12. D. de divers. temp. (44. 3.) L. 7. L. 14. C. de oblig. et act. (4. 10.) L. 19. C. de evict. (8. 45.) Daß dadurch auch das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers aufhört, besagt auch L. 14. C. de oblig. (4. 10.) ausdrücklich. Daß manche neuere Rechtsgelehrten diese Verjährung nicht anerkennen wollen, beruht auf einem bloßen Irrthum. Vgl. Sintenis a. a. O. S. 573.

225) L. 3. Th. C. de actionibus certo temp. (4. 14.) L. 3. Just. Cod. de praescript. XXX. (7. 39.) Vgl. über das Folgende hauptsächlich Unterholzner, Verjährung Bd. II, S. 284 flg.

226) L. 4. Inst. C. 7. 39.

fügung auch auf die Pfandklage gegen den Pfandschuldner zu erstrecken; allein, daß dieß erweislich nicht die Absicht des Gesetzgebers war, bezeugt eine spätere Constitution von Justin, welche für diesen Fall die Unverjährbarkeit der Pfandklage als geltendes Recht hinstellt [227]). In dieser späteren Constitution des Justin nun ist über die Verjährung der Klage Folgendes festgestellt worden, was die Grundlage des heutzutage geltenden Rechtes ist: der Schuldner selbst hat nur in Folge eines Besitzes von 40 Jahren das Recht der Präscription gegen die dinglichen Ansprüche des Pfandgläubigers [228]). Wenn aber der bevorzugte Pfandgläubiger seinen dinglichen Anspruch gegen einen ihm nachstehenden Pfandgläubiger geltend machen oder der nachstehende Gläubiger gegen den früheren das ius offerendi et succedendi geltend machen will, so kann dieser bei Lebzeiten des (gemeinsamen) Schuldners sich nur durch vierzigjahrigen Besitz schützen; nach dem Tode des Schuldners genügt ein dreißigjähriger Besitz [229]). Nur wenn der spätere Pfandgläubiger sich etwas von dem Besitze zu Gute rechnen will, welcher bei Lebzeiten des Pfandschuldners vorgekommen ist, so soll auch hier nicht eine dreißigjährige, sondern eine vierzigjährige Verjährungszeit eintreten. — Aus dem Gesagten erhellt, daß es eine wahre Klagenverjährung bei der Pfandklage nur dann gibt, wenn der Pfandgläubiger sein Recht gegen einen dritten Besitzer des Pfandes geltend macht, welcher nicht zugleich Pfandschuldner (oder sein Erbe) oder späterer Pfandgläubiger ist. In diesem Falle läuft in der Regel eine 30jährige Frist; ununterbrochener Besitz der Pfandsache wird dann nicht verlangt (L. 3. C. 7. 39.). In allen anderen Fällen kommt eine Klagenverjährung nur dann vor, wenn der Beklagte für die Verjährungsfrist auch die Fortdauer des Besitzes nachweist, und dieß muß unter Umständen ein dreißig- und vierzigjähriger Besitz sein, je nach der Verschiedenheit der Fälle, welche oben angegeben sind. — f) Die Einrede der Retention. Diese steht dem Besitzer im guten Glauben dem Pfandgläubiger gegenüber wenigstens in zwei Fällen zu, einmal wegen der Kosten für den Wiederaufbau eines gänzlich vernichteten Hauses [230]); sodann wegen dessen, was er, nachdem er wegen drohenden Schadens in den Besitz der baufälligen Sache gesetzt worden, auf die Ausbesserung derselben aus eigenen Mitteln aufgewendet hat [231]). Indessen gehen einige Rechtslehrer noch weiter, und gestehen dem Beklagten in allen Fällen die doli exceptio gegen die Pfandklage zu, wo sie der Eigenthumsklage hätte entgegengestellt werden können. Das freilich ist grundlos; indessen so viel gewiß, daß der Pfandgläubiger, wenn

227) L. 7. pr. C. ibid.
228) L. 7. pr. §. 1. C. ibid.
229) L. 7. §. 1 u. 2. C. ibid.
230) L. 29. §. 2. D. de pignor. (20. 1.)
231) L. 44. §. 1. D. de damno infecto. (39. 2.)

er auf Aushändigung der Pfandsache klagt, auch von Seiten dritter Besitzer alle Einreden gegen sich gelten lassen muß, welche der Pfandschuldner selbst gegen ihn gehabt haben würde.

Hiernach gestaltet sich das Recht des Pfandgläubigers auf den Besitz der Pfandsache von selbst zu einem dinglichen Anspruch, welcher auf der Pfandsache und deren Accessionen ruht, und nicht durch Eigenthumswechsel beeinträchtigt wird, aber mit dem Aufhören seines Interesses von selbst hinwegfällt; daher sein Recht auf den Besitz zu jeder Zeit durch die vollständige Befriedigung des Klägers wegen der Hauptschuld und deren Accessorien aufgehoben werden kann. Diesen Besitz der Pfandsache nun kann der Gläubiger in Einzelfällen auch mit possessorischen Rechtsmitteln geltend machen. Abgesehen von den gewöhnlichen possessorischen Interdicten, mit welchen sich der Faustpfandgläubiger, wenn er noch im Besitze ist, in demselben zu erhalten vermag, so hat das prätorische Edict auch einen Einzelfall ausgezeichnet, in welchem der Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache, den er vorher niemals gehabt hat, auf dem Wege des Interdictenschutzes erlangen kann. Dieß ist der Fall des interdictum salvianum, womit der Verpachter eines Landgrundstückes den Besitz der Sachen erlangen kann, welche diesem eigenthümlich zugehören, aber von ihm für die Abzahlung des Pachtgeldes ausdrücklich verpfändet worden sind (also genau derselbe Fall, für den ursprünglich die Servianische Klage eingeführt war, vgl. den Art. I n t e r d i c t e in diesem Werke Bd. V, S. 620 flg.). Daß dieses Rechtsmittel auch über den angegebenen Fall hinaus jedem Pfandgläubiger unter dem Namen des interdictum quasi salvianum gestattet worden ist, beruht lediglich auf einer Ausdehnung der Praxis.

Das weitere Recht des Pfandgläubigers, die verpfändete Sache zu kaufen, versteht sich nach dem classischen Pandektenrechte als Theil des Pfandrechtes von selbst und ist dessen unzertrennlicher Begleiter[232]). Selbst wenn der Pfandgläubiger demselben ausdrücklich entsagt hat, so behält er es gleichwohl fort, nur daß er dann vor dem Verkaufe den Pfandschuldner dreimal nach einander zur Abzahlung der Hauptschuld auffordern muß, weil er sonst den Strafen des Diebstahls unterliegt[233]). Im übrigen ist die Ausübung des Rechtes, wie der Anspruch auf den Besitz der Pfandsache, lediglich an die Fortdauer seines Interesses an der Sache gebunden; daher die vollständige Tilgung der Hauptschuld von Seiten des Pfandschuldners oder dritter Personen diesen Verkauf zu jeder Zeit behindern kann[234]). Indessen reicht es hier nach

---

232) Manche haben daraus auch eine Pflicht des Pfandgläubigers machen wollen. Das ist aber gegen L. 6. pr. D. 13. 7. L. 51. §. 3. D. de fideiuss. (46. 1.)

233) L. 4 u. 5. D. 13. 7.

234) L. 8. C. de distr. pign. (8. 28.) L. 2. C. debitorem. (8. 29.) L. 3. C. de luit. pign. (8. 31.) L. 10. u. L. 12. C. de pignor. act. (8. 24.)

dem neueren Rechte nicht aus, daß der Pfandgläubiger lediglich durch das Zahlungsanerbieten in mora accipiendi versetzt wird; vielmehr muß auch die Deposition der geschuldeten Sache hinzutreten, wenn das Zahlungsanerbieten der wirklichen Solution gleichgeachtet werden soll[235]). Die Bedingungen, unter welchen dieser Verkauf gestattet ist, sind im einzelnen folgende: 1) Es muß der Zahltag der Hauptschuld gekommen sein. Vorheriger Verkauf wird als Diebstahl behandelt[236]). Bei der Gestundung der Schuld wird auch das Verkaufsrecht vertagt[237]). Ist die Schuld in verschiedenen Terminen zahlbar, so genügt schon die Fälligkeit von nur einem Termine. Daß der Schuldner in mora solvendi versetzt worden, ist nicht gerade nöthig, obschon es meistens wegen der Mahnung zutreffen wird, welche regelmäßig dem Pfandverkauf vorausgeht. Ebensowenig bedarf es der Liquidität der Schuld. Sind durch besonderen Vertrag nähere Bestimmungen über die Verkaufszeit getroffen worden, so müssen auch diese in Obacht genommen werden, weil sich sonst der Faustpfandgläubiger eines Diebstahls schuldig macht[238]). 2) Der Gläubiger muß zuvor den Pfandschuldner davon benachrichtigen, daß er das Pfand verkaufen will[239]). In der Regel genügt eine außergerichtliche Anzeige in der Form der Denunciation oder Contestation, und zwar gewöhnlich schon eine einmalige; nur wenn der Pfandgläubiger sich des Verkaufsrechtes durch Vertrag ausdrücklich begeben hat, wird eine dreimalige Denunciation verlangt. Ganz erlassen wird sie entweder durch besonderen Vertrag (pactum de non denunciando) oder aber, wenn der Pfandgläubiger ein rechtskräftiges condemnatorisches Urtheil gegen den Pfandschuldner ausgewirkt hat[240]). 3) Der Pfandgläubiger soll wenigstens zwei Jahre mit dem Verkaufe des Pfandes anstehen; und diese Zeitfrist ist von dem Augenblicke an zu rechnen, wo entweder die Denunciation geschehen oder das condemnatorische Urtheil in Rechtskraft übergegangen ist[241]). — Treffen diese Erfordernisse zusammen, so kann es zum wirklichen Verkaufe kommen. Für die Form des Verkaufes ist nichts besonderes vorgeschrieben. Er kann privatim und aus freier Hand geschehen[242]); öffentlicher Verkauf

---

235) So die Stellen in der vorigen Note nach einer Verordnung des Gordian. Früherhin genügte bloßes Zahlungsanerbieten. L. 5. C. de distr. pign. (8. 28.)

236) L. 73. D. de furt. (47. 2.)

237) L. 4. D. de distr. pign. (20. 5.)

238) L. 4 u. 5. D. de pign. act. (13. 7.) L. 3. §. 1. C. de iure dominii. (8. 34.) Vgl. L. 73. D. de furtis. (47. 2.)

239) Paulli sent. recept. II. 5. §. 1. L. 3. §. 1. C. 8. 34.

240) L. 3. §. 1. C. 8. 34.

241) L. 3. §. 1. C. ibid.

242) Im vorjustinianischen Rechte wird eine proscriptio pignoris als nothwendig erwähnt, d. h. die Bekanntmachung des Verkaufstages durch öffentlichen Anschlag. Vgl. L. 4. C. de distr. act. pign. (8. 28.) L. 3. pr. C. 8. 34. Wahrschein=

des Pfandes ist nur nöthig einmal bei dem pignus ex causa iudicati captum, wo der Verkauf durch den Richter geschieht (vgl. S. 27); sodann wohl auch bei allen Pfändern, welche der Fiscus verkauft, weil hier die Subhastation gewöhnlich ist[243]); endlich nach teutschrechtlicher Gewohnheit auch bei dem Verkaufe von Grundstücken, welche lediglich vom Richter der belegenen Sache subhastirt werden. Zur Wahrung des Interesses, was der Pfandschuldner bei dem Verkaufe hat, ist vorgeschrieben, daß der Pfandgläubiger bei dem Pfandverkaufe im guten Glauben zu Werke gehen soll[244]), womit einmal die Verpflichtung zur Denunciation zusammenhängt; sodann die Vorschrift, daß er das Pfand so theuer wie möglich verkaufen und möglichst allen Schaden vom Schuldner abwenden soll[245]), weßhalb er sogar von dem Schuldner zu einem Eide genöthigt werden kann[246]); endlich auch das Verbot, das Pfand an sich zu kaufen, sei es auch nur durch Mittelspersonen, welche den Kauf verdecken sollen[247]) (bei dem pignus in causa iudicati captum kann indeß der Gläubiger mitbieten[248])). Ist der Verkauf geschehen, so soll er nicht leicht rückgängig gemacht werden; doch haftet natürlich der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner gegenüber wegen Arglist[249]). Fehlt ein wesentliches Stück desselben, so tritt die Nichtigkeit des Geschäftes ein, was für den Pfandgläubiger das Fortbestehen des Pfandrechtes[250]), für den Pfandschuldner hingegen die Reivindication gegen den Käufer u. s. w. zur Folge hat[251]); auch kann, wenn der Käufer sonst an der Arglist des Pfandgläubigers Theil genommen hat, die Reivindication sofort gegen diesen gerichtet werden, dann aber lediglich unter Erstattung des Kaufpreises[252]). Die Giltigkeit der Handlungen des Pfandgläubigers bei dem Abschlusse des Verkaufes sichert das römische Recht durch die Fiction, daß derselbe bei dem Pfandverkaufe im Auftrage des Pfandschuldners als dessen Procurator handelt[253]); allein sie ist nicht so zu verstehen, als ob der

---

lich ist sie mit den Worten solenniter vendere in L. 9. C. 8. 28. und solennia peragere in L. 1. C. 8. 34. gemeint. Daß sie schon vor Justinian außer Gebrauch gekommen, wird in L. 3. pr. C. ibid. bezeugt.

243) L. 46. C. de rescind. vend. (4. 44.) Vgl. Marezoll, in Grolman's und v. Löhr's Magazin Bd. 4, S. 376.

244) L. 4. u. L. 9. C. 8. 28.

245) Vgl. außer den angeführten Stellen L. 7. u. L. 10. C. ibid. L. 1. 3. 4. C. si vendito pignore. (8. 30.)

246) L. 3. §. 5. C. de iure dom. (8. 34.)

247) L. 10. C. 8. 28.

248) L. 2. C. si in causa iudicati. (8. 23.)

249) L. 7. C. 8. 28. L. 1. u. L. 5. C. 8. 30.

250) L. 10. §. 1. D. quibus mod. (20. 6.)

251) L. 5 u. 8. C. 8. 28. L. 2. C. 8. 30.

252) L. 1. 3 u. 4. C. 8. 30.

253) L. 29. D. fam. hercisc. (10. 2.)

Gläubiger zu diesem Verkaufe gezwungen werden könne, sondern sichert ihm und dem Dritten nur die Anerkennung seiner Acte durch den Pfandschuldner. Der Kaufcontract selbst wird selbstständig zwischen dem Pfandgläubiger als Verkäufer und dem Dritten als Käufer abgeschlossen. Damit hängt es zusammen, daß der Kaufpreis nicht an den Pfandschuldner, sondern vielmehr an den Pfandgläubiger gezahlt wird, welcher sich daraus wegen der Pfandschuld befriedigen kann, sonst aber den Ueberschuß an den Pfandschuldner herausgeben muß; und daß der Gläubiger, wenn er im Besitze der Pfandsache ist, diesen Besitz an den Käufer übergeben muß[254]), oder wenn es nicht ist, wenigstens iura cessa demselben zu geben hat[255]). Man sieht, die Frage, ob der Gläubiger im Augenblicke des abgeschlossenen Handels besitzt oder nicht, kommt nicht weiter in Betracht; daher wenn die Cession der hypothekarischen Klage nicht erfolgt ist, der Pfandgläubiger sie auch nach dem Verkaufe fernerhin wird anstellen können. — Wenn sich kein Käufer findet oder der Licitant sonst kein annehmliches Gebot thut, so kann der Pfandgläubiger darauf antragen, daß ihm das Eigenthum der Pfandsache vom Kaiser zugesprochen werde[256]), was mit den Worten ut dominii iure sibi possidere (tenere) liceat ausgesprochen ward[257]). Für diesen Fall nun ist das Verfahren durch eine Constitution Justinian's in folgender Weise geregelt. Die Einleitung des Zuschlages geschieht durch den Antrag des Gläubigers an den Pfandschuldner, daß er Capital und Zinsen erlegen soll. In der Abwesenheit des letzteren hat sich der Gläubiger an den Richter zu wenden, welcher einen neuen Zahlungstermin anzuberaumen und den Abwesenden davon zu benachrichtigen hat, und falls er seiner nicht habhaft werden kann, wird eine Edictalfrist bestimmt. Erst nach Ablauf dieser Zeiträume hat der Gläubiger sich bittweise an den Landesherrn (jetzt nach teutschrechtlicher Gewohnheit an den Ortsrichter) zu wenden, daß er ihm erlauben möge, das Pfand als Eigenthümer besitzen zu dürfen, und mit der Ausfertigung dieses Befehles hört dann das Pfandrecht des Pfandgläubigers auf, weil er das Eigenthum an der Pfandsache erwirbt. Der Zuschlag selbst geschieht um eine bestimmte Taxe, welche der Richter zu bestimmen hat[258]). Inwieweit diese Pfandtaxe die Hauptschuld übersteigt,

---

254) L. 13. D. de distr. pign. (20. 5.)

255) L. 7. pr. L. 13. D. ibid. L. 22. §. 3. D. de pignor. act. (13. 7.) L. 2. C. de distr. pign. (8. 28.)

256) L. 3. C. de pign. in causa. (8. 23.) L. 1—3. C. de iure dominii impetr. (8. 34.) Für sich darf der Pfandgläubiger außerdem das Eigenthum der Pfandsache nicht in Anspruch nehmen; dieß geht aus der Lehre von der lex commissoria pignoris hervor, auch besagt es ausdrücklich L. 10. C. de distr. pign. (8. 28.)

257) L. 24. pr. D. de pign. act. (13. 7.) L. 59. pr. D. ad SC. Treb. (36. 1.) L. 63. §. 4. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.)

258) L. 3. §. 3 u. 6. D. 8. 34.

soll die Hyperocha an den Pfandschuldner herausgegeben werden; wenn sie aber weniger beträgt, so wird die Sache juristisch so behandelt, wie wenn das Pfand verkauft, aber die Pfandschuld durch dessen Kaufpreis nicht gedeckt wäre[259]). Sonst gilt der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner gegenüber als Käufer des Pfandes[260]). Allein selbst von dem Eigenthumszuschlage an hat der Schuldner noch aus besonderer Nachsicht eine zweijährige Wiedereinlösungsfrist (ius reluendi), d. h. die Befugniß, in das Eigenthnm der Sache wieder einzutreten mittelst des Angebotes des Capitals, der Zinsen und der durch seine Schuld dem Gläubiger verursachten Schäden, welche letzterer nöthigenfalls durch den Eid zu würdern hat[261]). Nach Ablauf der Zeit ist das Eigenthum des Pfandgläubigers unwiderruflich.

Die Wirkungen des einmal geschehenen Pfandverkaufes, insoweit sie das Pfandobject selbst angehen, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Auf das Erlöschen des Pfandrechtes von Seiten des verkaufenden Pfandgläubigers. Dieß tritt erst vom Augenblicke abwärts ein, wo der Gläubiger Zahlung erhält oder sonst stipulationsweise dem Käufer den Kaufpreis creditirt[262]). So lange indeß der Kauf rückwärts wieder aufgelöst werden kann, bleibt auch das Pfandrecht stehen. Eine Anwendung davon findet sich bei dem pignus in causa iudicati. Weil hier das Pfandrecht bis zur Zahlung des Kaufpreises stehen bleibt, so kann der Richter bei dem Ausbleiben der Zahlung das Pfand wiederum verkaufen[263]). 2) Auf das Erlöschen aller späteren Pfandrechte, welche auf der Sache haften[264]). Natürlich gilt das auch von den Einzelrechten, welche im Pfandrechte liegen, z. B. vom ius offerendi et succedendi[255]). Frühere Pfandrechte an der Sache bleiben unangetastet, und bestehen auch fernerhin fort, nur daß, wenn der Fiscus oder aber die Obrigkeit ex causa iudicati verkaufen, auch die früheren Pfandrechte der Gläubiger erlöschen, welche durch den öffentlichen Aufruf zur Wahrung ihrer Rechte aufgefordert worden, aber entweder gar nicht erschienen sind oder ihre Rechte überhaupt nicht wahrgenommen haben[266]). 3) Das Verhältniß der Pfandsache zur Hauptforderung hört auf zu existiren. Ob aber auch die Hauptforderung durch den Verkauf des Pfandes getilgt wird, bestimmt sich nach folgenden Regeln. In jedem Pfandverkaufe ist die Verpflichtung des Käufers enthalten,

---

259) L. 3. §. 4. C. ibid.

260) L. 24. pr. D. 13. 7.

261) L. 3. §. 3. C. ibid. Im früheren Rechte galt hier nur ein annus luitionis. L. 3. pr. C. cit.

262) L. 26. D. de solut. (46. 3.) L. 9. pr. D. 20. 5.

263) L. 15. §. 7. D. de re iud. (42. 1.)

264) L. 6 u. 7. C. de obligat. et act. (4. 10.) L. 1. C. si ant. (8. 20.) L. 6. C. qui potiores. (8. 18.)

265) L. 3. pr. D. de distr. pign. (20. 5.)

266) L. 6 u. 8. C. de remiss. (8. 26.)

den Kaufpreis an den Pfandgläubiger zu bezahlen. Wird diese Verpflichtung erfüllt, so wird damit auch zugleich die Hauptforderung zerstört, insoweit der Pfandgläubiger durch den erhaltenen Kaufpreis sich dafür bezahlt macht[267]). Vermöge dieses Rechtes hat er die Befugniß zu bestimmen, auf welchen Theil der Hauptforderung der Pfandpreis abgerechnet werden solle, ob auf Capital und Zinsen[268]); ferner, wenn ein Theil der Hauptschuld auf einer naturalen Verbindlichkeit beruht, so kann er auch diese zuvörderst berücksichtigen[269]). Was von der Hauptschuld durch den Erlös des Pfandes nicht gedeckt wird, bleibt stehen, und rücksichtlich dieses Theiles kann der Pfandgläubiger ohne weiteres die ihm zustehenden persönlichen Klagen gegen den Pfandschuldner brauchen[270]). 4) Das Verhältniß des Pfandschuldners zu dem Käufer der Pfandsache gestaltet sich so, wie wenn der letztere den Kauf mit ihm abgeschlossen hätte und durch ihn an dessen Stelle aufgerückt wäre. Von diesem Standpunkte aus erhält der Käufer das volle Eigenthum an der gekauften Sache, wenn der Pfandschuldner Eigenthümer war[271]), allein erst von der Uebergabe des Besitzes an[272]), oder, falls die Sache dem Pfandschuldner nicht gehörte, wenigstens die conditio usucapiendi[273]). Den Besitz der Sache kann er sich entweder direct von dem Pfandgläubiger mit der Kaufklage verschaffen oder von ihm in dieser Richtung die Cession der hypothekarischen Klage verlangen. Für die Eviction der Sache haftet nicht der Pfandgläubiger, sondern lediglich der Pfandschuldner[274]). Der Pfandgläubiger hat nur dem Käufer zu gewähren, daß er lege pignoris verkauft habe, d. h. daß sein Pfandrecht allen anderen Pfandrechten an der Sache vorgeht[275]). Ausnahmsweise prästirt er indeß die ganze Eviction, wenn er deßhalb dem Käufer repromittirt hat[276]), wo er dann mit der Gegenklage vom Pfandschuldner Entschädigung verlangen kann, oder aber wenn er dem Käufer gegenüber arglistig gehandelt hat[277]), wo dann jene Regreßklage an den Pfandschuldner wegfällt. Eine besondere Vorschrift ist es, daß, wenn der Käufer der Pfandsache den Pfandschuldner wegen Eviction mit der actio emti utilis belangt,

---

267) L. 9. pr. D. 20. 5.

268) L. 35. pr. D. 13. 7. Hierauf geht auch L. 59. §. 4. D. mand. (17. 1.)

269) L. 101. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

270) L. 28. D. de rebus cred. (12. 1.) L. 9. §. 1. D. de distr. pign. (20. 5.) L. 3. C. 8. 28.

271) L. 15 u. 18. C. ibid. L. 4. D. de pign. act. (13. 7.) L. 46. D. de A. R. D. (41. 1.)

272) L. 13 u. 15. C. ibid.

273) L. 14. §. 5. D. de divers. (44. 3.)

274) L. 10. D. 20. 5. L. 11. §. 16. D. de act. empti. (19. 1.) L. 1. C. creditorem. (8. 46.)

275) L. 1. C. ibid.

276) L. 8. §. 1. D. 13. 7. L. 1 u. 2. C. ibid.

277) L. 11. §. 16. D. 19. 1. L. 2. C. ibid.

diese auf den Werth der Sache und dessen Zinsen beschränkt werden muß[278]); das Interesse kann er nicht verlangen, außer wenn er sich von dem Pfandgläubiger zu diesem Zwecke die Pfandklage hat abtreten lassen[279]). Was von der Eviction gilt, wird auch auf die Fehler der Sache übertragen[280]). Dafür haftet also in der Regel der Pfandschuldner; der verkaufende Pfandgläubiger nur dann, wenn er repromittirt oder dolose gehandelt hat. — Umgekehrt erwirbt der Pfandschuldner aber auch aus allen Verträgen, welche der Pfandgläubiger bei dem Verkaufe zu dessen Gunsten mit dem Käufer abgeschlossen hat, wenn nicht unmittelbar, doch wenigstens so, daß er die Cession der actio venditi vom Pfandgläubiger verlangen kann[281]). — Uebrigens ist der einmal abgeschlossene Kauf in der Regel unwiderruflich. Einmal von Seiten des Pfandgläubigers, welcher ihn nicht einmal wegen eines hinterher entstandenen Evictionsanspruches umstoßen kann[282]). Sodann von Seiten des Pfandschuldners, weil er das Wiedereinlösungsrecht verliert[283]), außer in den Fällen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; ferner, wenn ein späterer Pfandgläubiger[284]), oder ein Bürge des Pfandschuldners das Pfand an sich kauft[285]) (im letzten Falle kann sogar der zweite Pfandgläubiger das Wiedereinlösungsrecht üben).

Eine dritte Befugniß, welche aus dem Pfandrechte fließt, aber gewöhnlich ganz übergangen wird, ist das ius offerendi et succedendi, d. h. das Recht des Pfandgläubigers, mittelst einer auf gehörige Weise angebotenen Zahlung der Hauptschuld an die Stelle dessen aufzurücken, welchem das Angebot gemacht wird, und dessen Rechte in Betreff der Pfandsache zu erlangen. Den Beweis für das Gesagte ergeben folgende Thatsachen. Einmal der Umstand, daß es jedem Pfandgläubiger, dem früheren wie dem späteren, gegen einander zusteht[286]);

278) L. 74. §. 1. D. de evict. (21. 2.)
279) L. 38. D. ibid.
280) L. 2. C. 8. 46.
281) L. 13. pr. D. 13. 7. L. 7. pr. D. 20. 4.
282) L. 10. D. 20. 5.
283) L. 2. C. si antiquior. (8. 20.) L. 8. C. de distr. pign. (8. 28.)
284) L. 5. §. 1. L. 6. D. 20. 4.
285) L. 1. C. de dolo malo. (2. 21.) L. 59. §. 1. D. mand. (17. 1.) L. 2. D. 20. 5.
286) Paulli sent. recept. II. 13. §. 8. novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in ipsum transferatur dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. Einige haben die Worte si voluerit auf den secundus creditor bezogen (so Zimmern, Sintenis u. s. w.). Dann würde der Sinn folgender sein: der frühere Gläubiger könne den nachfolgenden nicht abfinden, ohne dessen Zustimmung, und mithin jede Eigenthümlichkeit des ius offerendi verwischt werden, welche gerade darin besteht, daß, wer es zu leiden hat, um seine Einwilligung zur Sache nicht gefragt wird. Allein auch die Westgothen haben die Stelle so verstanden, wie sie im Texte erklärt wird: item prior creditor heißt es da, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere.

sodann daß es zugleich mit der Pfandklage verjährt[287]); daß es unmittelbar aus der Zuständigkeit der Pfandklage gefolgert wird[288]); überhaupt nur als ein Recht, als eine Befugniß geschildert wird, zu deren Geltendmachung der Pfandgläubiger nie gegen seinen Willen gezwungen werden kann[289]). Dem Inhalte nach erstreckt es sich aber nicht blos gegen die Pfandgläubiger, ohne Unterschied, ob sie ein Faustpfand oder eine Hypothek haben, sondern unter Umständen auch gegen den Bürgen des Pfandschuldners und den späteren Pfandgläubiger, wenn diese von einem Pfandgläubiger das Pfand an sich gekauft haben[290]). Diese Natur des Rechtes haben viele neuere Rechtslehrer verkannt; sie haben eine Stelle des Paullus verdächtigt oder hinweg interpretirt und auf die Thatsache fußend, daß es im Justinianischen Rechtsbuche keine Stelle gibt, in welcher das Angebotsrecht von Seiten des besseren Pfandgläubigers gegen den nachstehenden vorkommt, dem ersteren diese Befugniß völlig abgesprochen[291]); sodann haben sie auch die Möglichkeit desselben lediglich gegen Pfandschulden gelten lassen wollen. Das Recht ist von selbst gegeben in der Conception der Pfandklage, worin das Wesen des Pfandrechtes besteht. Wenn nämlich jeder Pfandgläubiger ohne Unterschied sie anstellen, und die ihm vielleicht entgegenstehende Einrede des eigenen, wenn auch älteren Pfandrechtes durch die Replik des geschehenen Zahlungsangebotes von seiner Seite (es kann ja jeder für den Pfandschuldner Zahlung leisten) entkräften konnte, so war ihm auf diesem Wege die Möglichkeit gegeben, sich jener Exception ungeachtet den Besitz der Pfandsache zu verschaffen[292]). Was nun von dem Prätor anerkannt ward, hatte jeder Pfandgläubiger zweifelsohne auch außer Gericht anzuerkennen; daher die mögliche Hinderung des Pfandverkaufes durch die Ausübung dieses Rechtes. Daß es hauptsächlich nur die späteren Pfandgläubiger traf, wird durch folgenden Thatumstand vollständig erklärt. Die früheren Pfandgläubiger sind in der Regel schon durch den Kaufpreis der Hypothek vollkommen gedeckt, und weil sie den Vortheil der späteren Pfandgläubiger bei dem Verkaufe nicht zu berücksichtigen haben, gewöhnlich in der Lage, daran nicht weiter zu denken, wie diese

---

287) L. 7. §. 3. C. de praescript. triginta. (7. 39.)

288) L. 11. §. 4. D. qui pot. (20. 4.)

289) L. 5. C. 8. 18.

290) L. 2. L. 5. §. 1. D. 20. 5.

291) So Zimmern, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß I. Nr. 3 u. 4, später auch v. Linde, Sintenis u. s. w.

292) Hierdurch unterscheidet sich das ius offerendi wesentlich von der Oblation, wodurch jeder Pfandbesitzer die hypothekarische Klage abwenden kann. Vgl. L. 12. §. 1. D. 20. 6. Letzterer kann sich lediglich dem vindicirenden Pfandgläubiger gegenüber im Besitze erhalten, allein wenn er den Besitz verloren hat, sich denselben nicht durch die hypothekarische Klage verschaffen, weil er nicht in das Pfand des Vorgängers einrückt, auch keine selbstständige hypothekarische Klage hat, um diesen Besitz der Pfandsache zu erlangen.

zu ihrem Gelde kommen wollen. Hiernach wird für diese früheren Pfandgläubiger höchst selten der Fall eintreten, daß sie vom Angebotsrechte Gebrauch machen, da sie nicht blos im Besitz-, sondern auch im Verkaufsrechte den späteren Pfandgläubigern vorgehen. Indeß läßt sich auch hier ein Fall nachweisen, wo ihnen unter Umständen das Recht von Vortheil sein kann, d. h. wenn sie wegen blos chirographarischer Forderungen ein Retentionsrecht an der Pfandsache erwerben wollen. Viel häufiger kommt der Gebrauch des Rechtes von Seiten späterer Pfandgläubiger gegen die früheren vor, theils aus dem oben angeführten Grunde, theils weil sie dadurch in den Stand gesetzt werden, den Verkauf des Pfandes von Seiten des letzteren zu hintertreiben oder aber in eigener Person herbeizuführen[293]). Darauf bezieht sich die Nachricht in den Rechtsquellen, daß der zweite Pfandgläubiger es ausübt, zur Bekräftigung seines eigenen Rechtes[294]). Die Erfordernisse, unter welchen das Recht zusteht, sind im einzelnen folgende. 1) Es müssen zwei Pfandrechte an der nämlichen Sache bestellt sein. Dabei ist es gleichgiltig, ob diese ihr Pfandrecht von der nämlichen oder von verschiedenen Personen herleiten. Ferner kommt auch der Entstehungsgrund des Pfandrechtes nicht weiter in Betracht; daher es geübt werden kann gegen richterliches, conventionales und gesetzliches Pfandrecht, sowie es auch aus allen solchen Pfandrechten zuständig sein kann. Zuletzt kommt auch nichts auf die intensive Stärke des Pfandrechtes an, so daß das Recht gegen Vormann und Nachmann ohne Unterschied geübt werden kann, einerlei, ob er ein privilegirtes oder nicht privilegirtes Pfandrecht hat. 2) Keines dieser Pfandrechte darf bereits erloschen sein. Dieß Requisit ergibt sich theils daraus, daß mit der Verjährung der Pfandklage auch das ius offerendi dahinfällt; theils daraus, daß es für den Nachmann erlöscht, sobald der frühere Pfandgläubiger die verpfändete Sache seinerseits verkauft[295]), weil mit diesem Verkaufsacte dann auch das Pfandrecht des Nachmannes aufhört. Indeß soll nichts darauf ankommen, ob, wer von diesem Rechte Gebrauch macht, die Pfandsache bereits besitzt oder nicht. Denn wenn es auch nach der Natur der Pfandklage hauptsächlich zunächst nur dem besitzenden Pfandgläubiger zugestanden haben mag, falls ihm die Pfandsache mit der hypothekarischen Klage abgefordert ward, so kann es doch nach unzweifelhaften Zeugnissen auch außerdem bei dem Pfandverkaufe geübt werden, wo der Besitz der Pfandsache in der Person des Verkäufers nicht überall gleichmäßig vorausgesetzt werden kann[296]). Weiterhin wird berichtet, daß, wer auf diesem Wege den anderen abfindet, und dadurch an seine Stelle aufrückt,

---

293) L. 5. pr. D. de distr. pign. (20. 5.) L. 3. C. si antiquior. (8. 20.)
294) L. 22. C. de pignor. (8. 14.) L. 1. u. L. 5. C. qui potiores. (8. 18.)
295) L. 3. pr. D. de distr. pign. (20. 5.)
296) L. 12. §. 5. D. qui potiores. (20. 4.)

nicht als Führer eines fremden Geschäftes behandelt werden solle, sondern als wenn er in eigener Angelegenheit thätig wäre [297]). Daß ferner bei der Ausübung des Rechtes die Einwilligung des Pfandschuldners nicht von Belang ist, besagt Papinian in der zuletzt angeführten Stelle. Auch die Einwilligung des Pfandgläubigers, gegen welchen es geübt werden soll, kann nicht in Betracht kommen, weil, wenn er das Angebot nicht annimmt, die Deposition des Geschuldeten erfolgen und dadurch die nämliche Wirkung herbeigeführt werden kann, wie wenn die Numeration an den Pfandgläubiger erfolgt wäre [298]). Das Angebot und die Deposition soll aber vollständig sein, d. h. sie soll nicht blos das Capital, sondern auch die Zinsen und andere Accessionen umfassen, für welche das Pfand haftet, wenn auch nicht gerade die blos chirographarischen Schulden zu berücksichtigen sind, wegen deren lediglich ein Retentionsrecht am Pfande zustehen würde. Die Wirkung des Gebrauches ist, daß wer Zahlung leistet oder aber nach richtig geschehenem Angebot die Geldsumme deponirt, unmittelbar an die Stelle des Vormannes einrückt, wie wenn dessen ganze Forderung sammt dem Pfandrechte auf ihn übertragen worden wäre [299]), woraus dann weiterhin folgt, daß er alle Einzelrechte an der Pfandsache ausüben darf, welche diesem Vordermanne zugestanden haben würden. Der Cession des Pfandrechtes bedarf es hier überall nicht, nicht einmal dann, wenn ein späterer Gläubiger nicht seinem unmittelbaren Vordermanne, sondern einem entfernteren Pfandgläubiger Zahlung anbietet. — Nach dem heutigen Rechte geht das Anbietungsrecht verloren, einmal, wenn seine allgemeinen Voraussetzungen wegfallen, d. h. das Pfandrecht des Offerenten erloschen ist, was theils durch die Verjährung der Pfandklage, theils durch den Verkauf des Pfandes von Seiten des ersten Pfandgläubigers herbeigeführt werden kann — dann nach der heutigen Praxis auch nach Ausbruch des Concurses zu den Gütern des Pfandschuldners oder wenn auf den Verkauf des Pfandes rechtskräftig erkannt ist.

Was die Aufhebungsgründe des Pfandrechtes angeht, so sind sie nach der Abhängigkeit des Pfandrechtes von der Existenz einer Hauptobligation entweder solche, welche in der Hauptschuld selbst eintreten und deßhalb auch folgeweise das von ihr abhängige Pfandrecht vernichten, oder solche, welche die Hauptschuld gar nicht berühren, sondern unter deren Bestehen lediglich in dem Pfandnexus selbst ihren Grund haben. Die Erlöschungsgründe der ersten Art wollen wir hier mit dem Namen der unselbstständigen bezeichnen, die der zweiten hingegen selbstständige nennen.

---

297) L. 12. §. 6. D. 20. 4.

298) Es ist also eine Zwangspflicht des Gläubigers, dem Angebote zu weichen. L. 11. §. 4. D. 20. 4. L. 1. C. 8. 18.

299) L. 12. §. 6. L. 16. D. 20. 4. L. 8. C. 8. 18.

I. Für die unselbstständigen Erlöschungsgründe gilt die allgemeine Regel, daß Alles, was die Hauptschuld in ihrem Bestehen gänzlich tilgt, auch auf das, davon abhängige Pfandrecht zerstörend einwirkt[300]) (vgl. den Art. obligatio in diesem Werke Bd. VII, S. 483 flg.). Auch auf diesem Gebiete unterscheiden die römischen Rechtsquellen sehr genau zwischen solutio und satisfactio. Jene bezeichnet jede Tilgung der Schuld, welche selbst gegen den Willen des Hauptgläubigers wirkt; diese hingegen umfaßt alle anderen Fälle, welche lediglich mit der Bewilligung des letzteren eintreten können, z. B. Bestellung eines Bürgen oder eines correus debendi, in solutum datio, einfacher Nachlaßvertrag u. s. w. Weil man nun in den Formen der letzteren Art den Willen des Gläubigers ausgesprochen fand, das einmal bestellte Pfandrecht aufzugeben, so faßte man auch die Tilgungsformen der Hauptschuld, welche lediglich mit der Bewilligung des Hauptgläubigers eintreten können, unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der satisfactio zusammen. Dieser Unterschied wird von den römischen Rechtsquellen einmal bei der directen pignoraticia, mit welcher der Verpfänder die Restitution des Pfandes fordert, als deren Anfangstermin hervorgehoben; sodann auch bei hypothecaria actio als deren Endtermin[301]). Auf diesem Gebiete kommen alle vollständigen Erlöschungsgründe der Hauptschuld in Frage, welche möglicher Weise auch das Erlöschen des Pfandrechtes herbeiführen, Erlaß der Hauptschuld[302]), Novation[303]), Befriedigung durch den Pfandverkauf[304]), Leistung des Schiedseides in Folge der Eidesdelation von Seiten des Hauptgläubigers[305]) u. s. w. Eine Eigenthümlichkeit, welche mit der Fassung der hypothekarischen Klage zusammenhängt, ist die Erlöschung des Pfandrechtes durch bloßes Angebot der Zahlung für die Hauptschuld, wenn der Gläubiger sich weigert, dieses Angebot anzunehmen und dadurch in Verzug versetzt wird; dieser Fall wird nämlich in der Pfandklage der wahren Solution gleichgestellt[306]). Für die übrigen Erlöschungsgründe der Hauptschuld, welche sonst auch das

300) L. 9. §. 3. D. de pign. act. (13. 7.) L. 6. pr. §. 1. D. 20. 6. Diesen Unterschied berühren ferner L. 10. pr. D. 13. 7. L. 3. C. de luit. pign. (8. 31.) In diesem Sinne erklärt Ulpian in L. 9. §. 3. D. 13. 7. am Schlusse: et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse sibi voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

301) L. 13. §. 4. D. 20. 1.

302) L. 17. §. 2. D. de pactis. (2. 14.) L. 5. pr. D. 20. 6.

303) L. 18. D. de nov. (46. 2.) L. 11. §. 1. D. 13. 7. Hierbei kann indeß das Pfandrecht vorbehalten werden, selbst in der Art, daß es in seiner ursprünglichen Stelle bleiben soll (denn die römischen Juristen nehmen zur Erklärung der Sache an, daß der Gläubiger in suum locum succedit. L. 3. pr. D. 20. 4. L. 12. §. 5. D. ibid.).

304) L. 3. C. 8. 31.

305) L. 13. D. 20. 6.

306) L. 20. §. 2. D. 13. 7. Vgl. oben S. 35.

Erlöschen der davon abhängigen Nebenobligationen zur Folge haben, kommt in den römischen Rechtsquellen eine allgemeine Beschränkung vor, insofern die, welche außer dem Falle der Solution gegen den Willen des Hauptgläubigers die Hauptschuld vernichten, auf das Erlöschen des Pfandrechtes keinen Einfluß haben; vielmehr wird dann angenommen, daß aus der Hauptschuld fernerweit eine Naturalobligation fortbesteht, welche die Möglichkeit einschließt, daß auch das Pfandrecht fortdauern könne. Dieß erklärt sich einfach aus der Natur des Pfandrechtes, welches nach der Fassung der hypothekarischen Klage überall fortdauern soll, wo weder solutio noch satisfactio erweislich ist. Anwendungen des Grundsatzes kommen vor bei der Confusion durch Erbschaft[307]), bei der nothwendigen Novation, welche im classischen Pandektenrechte die Folge der Litiscontestation[308]) und des Urtheiles ist[309]).

II. Die selbstständigen Erlöschungsgründe des Pfandrechtes lassen sich sämmtlich unter folgende Gesichtspunkte zusammenfassen. Das Pfandrecht erlischt entweder, weil die nothwendigen Bedingungen wegfallen, unter welchen allein ein Pfandrecht an der Sache von Anfang an bestellt werden konnte, oder weil die Beschränkungen, denen das Pfandrecht nach der Fassung des Pfandcontractes ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen war, eintreten, oder endlich, weil eine satisfactio im oben angegebenen Sinne vorkommt, d. h. ein unter Mitwirkung des Pfandgläubigers eintretender Thatumstand, welcher dessen Willen manifestirt, das Pfandrecht aufzugeben.

A. Zum Wegfall der nothwendigen Bedingungen jedes Pfandrechtes gehören folgende Erlöschungsgründe desselben. a) Der völlige Untergang der verpfändeten Sache, weil dann jedes Object des Pfandes fehlt[310]). Ist der Untergang nur ein theilweiser, so haftet das Pfand an dem fort, was übrig bleibt. Wird die Sache wieder hergestellt, so lebt auch das Pfandrecht am Ganzen wieder auf[311]). b) Das Zusammentreffen des Pfandrechtes und Eigenthums an der Pfandsache in Einer Person[312]). Man nennt dieß heutzutage confusio des Pfandrechtes. Ein Fall dieser Art ist, wenn der Pfandgläubiger das Pfand vom Pfandschuldner kauft und in Folge des Kaufes Eigenthümer desselben wird; dann Eigenthumserwerb durch Erbgang u. s. w. c) Das Aufhören des Rechtes in der Person des Verpfänders, welches ihn zur Ver-

---

307) L. 59. pr. D. de SC. Trebell. (36. 1.) L. 38. §. 5. D. de solut. (46. 3.) Vgl. den Art. obligatio in diesem Werke Bd. VII, S. 484.

308) L. 11. pr. D. 13. 7.

309) L. 13. §. 4. D. 20. 1. L. 8. C. 8. 14. L. un. C. 8. 27. Davon scheint auch L. 2. C. 8. 31. zu verstehen.

310) L. 8. pr. D. 20. 6. L. 25. C. 8. 14.

311) L. 35. D. 20. 1.

312) L. 20. §. 3. D. 13. 7. L. 9. pr. D. 20. 6.

pfändung berechtigt hatte (nach der Regel: resoluto iure constituentis, resolvitur ius concessum). Indessen ist dieß lediglich von solchen Gründen zu verstehen, welche bei dem Verpfändungsacte bereits vorhanden waren und das Recht des Verpfänders überwiegen, so daß der Mehrberechtigte die Handlungen des Verpfänders nicht anzuerkennen braucht. Einzelfälle dieses Erlöschungsgrundes kommen vor bei der Emphyteuse, wenn der Grundherr sie vindicirt [313]); bei dem Afterpfande, wenn das Pfandrecht des ersten Gläubigers erlischt [314]); bei bedingt veräußerten oder vom Erblasser bedingt vermachten und vom Erben verpfändeten Sachen bei dem Eintritte der Bedingung [315]); bei dem Nießbrauche, wenn dieser für den berechtigten Verpfänder verloren geht [316]); bei einer auflöslich oder widerruflich erworbenen Sache, wenn die Bedingung erfüllt wird oder aber der Grund zum Widerrufe eintritt [317]). Eine Ausnahme von diesem Satze kommt lediglich bei der Redhibitoria vor, wenn der Käufer in der Zwischenzeit, wo er Besitzer war, Pfandrechte auf die Sache gelegt hat. Solche Pfandrechte bleiben nämlich dann auch fernerhin bestehen, und können erst mit der ausdrücklichen Zustimmung des Pfandgläubigers erlöschen, obschon die Sache entweder nach den Grundsätzen des ädilicischen Edictes oder nach dem Inhalte eines Displicenzvertrages zurückgegeben wird [318]).

B. Der Beschränkungen halber, welchen das Pfandrecht nach dem Inhalte des Pfandcontractes ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen ist, erlischt das einmal bestellte Pfandrecht a) bei dem Eintritte einer Resolutivbedingung oder eines Endtermines, von welchem es gleich anfangs abhängig gemacht ist [319]). b) Bei der Verjährung der hypothekarischen Klage, weil das Pfandrecht wesentlich nur in der Möglichkeit besteht, diese Klage anzustellen. c) Bei einem rechtskräftigen Urtheile, welches das Pfandrecht dem Pfandgläubiger aberkennt [320]). d) Bei dem Verkaufe des Pfandes von Seiten eines stärkeren Pfandgläubigers, wo regelmäßig alle späteren Pfandrechte erlöschen (vgl. oben S. 48). e) Bei dem Verkaufe des Pfandes von Seiten des Fiscus oder dessen, welcher das patrimonium principis verwaltet, wo alle auf die Pfandsache gelegten Eigenthums- und Pfandansprüche erlöschen, selbst wenn sie von einem früheren Datum herrühren [321]). Das Nämliche gilt auch bei jeder anderen Veräußerung der betreffenden Personen.

---

313) L. 31. D. 20. 1.
314) L. 1 u. 2. C. 8. 24.
315) L. 3. §. 3. C. comm. de legatis. (8. 43.)
316) L. 8. pr. D. 20. 6.
317) L. 3. D. 20. 6. L. 4. §. 3. D. de in diem. (18. 2.)
318) L. 3 u. 4. pr. D. 20. 6. L. 43. §. 8. D. de aedil. edicto. (21. 1.)
319) L. 6. D. quibus modis. (20. 6.)
320) L. 13. D. 20. 6.
321) L. 2 u. 3. C. de quadr. praescr. (7. 37.) §. 14. J. ibique Theoph. (2. 6.)

Wer Ansprüche an die Sache hat, kann nicht den späteren Erwerber, sondern lediglich nur den Fiscus in Anspruch nehmen und zwar diesen wiederum nur binnen einer Frist von 4 Jahren (vgl. den Art. Fiscus in diesem Werke Bd. IV, S. 310 flg.).

C. Daß der Wille des Pfandgläubigers sein Pfandrecht an der Sache aufzugeben, allgemein das Erlöschen des Pfandrechtes herbeizuführen vermöge, liegt schon in der Lehre von der satisfactio deutlich ausgesprochen, und hängt mit dem Thatumstande zusammen, daß das Nichtvorkommen der satisfactio als eine Vorbedingung der hypothekarischen Klage namhaft gemacht wird. Hiernach wird zur Satisfaction verlangt 1) eine ausdrückliche Handlung des Pfandgläubigers, welche seinen Willen manifestirt, das Pfandrecht aufzugeben [322]), wenn auch dieser Wille nur stillschweigend darin enthalten sein sollte. 2) Von Seiten des Pfandschuldners gehört dazu in der Regel die Annahme des Verzichtes, theils weil die Remission des Pfandrechtes immer in die Form eines Vertrages gekleidet ist, theils weil seine Einwilligung zur Aufgabe des Rechtes ausdrücklich in Frage gestellt wird [323]). Nur im Falle der testamentarischen Liberation eines bestehenden Pfandrechtes bedarf es nach den Regeln der Vermächtnisse keiner ausdrücklichen Annahme. Ueberhaupt darf dabei nicht übersehen werden, daß die Annahme von Seiten des Pfandschuldners an keine bestimmte Zeitfrist gebunden ist, da sie in jedem Augenblicke erfolgen kann, wo sie überhaupt zu seiner Kenntniß gelangt. Uebrigens versteht sich von selbst, daß ein solcher Verzicht des Pfandgläubigers im allgemeinen Veräußerungsfähigkeit und Disposition in dessen Person voraussetzt. Daher sind die Pupillen an die Einwilligung des Vormundes unabänderlich gebunden; auch bedarf es bei dem Verzichte auf Hypotheken, welche wegen Alimenten bestellt sind, der Einwilligung der Obrigkeit [324]). Abgegeben werden kann der Verzicht auch durch Procuratoren, welche zu diesem Zwecke einer Specialvollmacht bedürfen [325]). Unter den Einzelarten des Verzichtes sind folgende auszuzeichnen. a) Wenn der Pfandgläubiger ein anderes Pfand annimmt oder sich statt eines bereits bestehenden Pfandrechtes eine andere Sicherheit bestellen läßt, z. B. durch Annahme eines Bürgen, eines anderen correus debendi [326]). b) Wenn der Pfandgläubiger freiwillig die Pfandurkunde an den Pfandschuldner zurückgibt oder zurückgeben läßt [327]). c) Wenn er die Pfandsache, die er besitzt, an den Pfandschuldner ausantwortet [328]). d) Wenn der Pfandgläubiger dem

322) Vgl. hier Sintenis a. a. O. S. 671.

323) L. 2 C. de remiss. pign. (8. 26.)

324) L. 8. §. 15. D. de transact. (2. 15.)

325) L. 7. §. 1. D. 20. 6.

326) L. 5. §. 2. L. 14. D. 20. 6. L. 9. §. 3. D. 13. 7. L. 50. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)

327) L. 2. §. 1. D. de pact. (2. 14.) L. 7. C. 8. 26.

328) L. 3. D. de pactis. L. 9. C. 8. 36.

Schuldner erlaubt oder erlauben läßt, das Pfand zu verkaufen, zu legiren oder sonst zu veräußern [329]). Der anfänglichen Erlaubniß steht die hinterher nachfolgende Ratihabition gleich [330]). Zur Giltigkeit der Remission genügt aber keineswegs das Wissen des Pfandgläubigers um den Verkauf des Pfandes von Seiten des Pfandschuldners; wohl aber seine Unterschrift unter das Kaufinstrument, es müßte denn nachgewiesen werden können, daß er in dieser Rücksicht hintergangen worden sei [331]). Auch wird ausdrücklich verlangt, daß der beabsichtigte Verkauf oder beziehungsweise die Veräußerung Folgen gehabt haben [332]); daher das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn das Alienationsgeschäft von Anfang an giltig war, aber hinterher wieder aufgelöst wird [333]). Ausgenommen von den gewöhnlichen Veräußerungsformen ist indeß die Bestellung eines anderweiten Pfandrechtes an der Sache. Willigt der Pfandgläubiger darein, so hat dieß regelmäßig nur die Folge, daß er mit seinem Pfandrechte dem zweiten nachsteht; unter Umständen kann indeß darin eine förmliche Aufgabe des Pfandrechtes liegen, was indeß dann Sache des Beweises ist (facti quaestio est) und aus den begleitenden Umständen beurtheilt werden muß [334]). e) Wenn bei dem Verkaufe eines pignus in iudicati causa captum oder von Seiten des Fiscus die durch öffentlichen Aufruf admonirten Pfandgläubiger ihr Pfandrecht an der Sache nicht gewahrt und nicht verfolgt haben [335]) (vgl. S. 27, 48).

Was die Nebenverträge angeht, welche bei dem Pfandrechte vorkommen können, so sind sie in ihrer Wirksamkeit lediglich auf das Conventionalpfandrecht beschränkt; bei anderen Entstehungsgründen sind sie schon nach deren allgemeinen Grundlagen nicht weiter denkbar. Von einigen dieser Nebenverträge ist bereits die Rede gewesen, insofern ihr Inhalt sich bezieht theils auf die Erstreckung des Pfandrechtes, auf die Früchte, Sclavenkinder u. s. w., theils auf die genaueren Bestimmungen über den Pfandverkauf durch den Pfandgläubiger nach Ort und Zeit, oder inwiefern sie eine Entsagung dieses Verkaufsrechtes bezwecken (vgl. S. 44), oder auch die Begebung des Alienationsrechtes von Seiten des Pfandschuldners zum Gegenstande haben (vgl. S. 13). Hier sind noch folgende Einzelverträge nachzutragen.

A. Die lex commissoria pignoris, d. h. der Vertrag zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, nach dessen Inhalt das

---

329) L. 4. §. 1. L. 7. pr. L. 8. §. 6. sq. D. 20. 6. L. 4. C. de remiss. (8. 26.) Daß dem Verkaufe jede andere Alienationsform gleichsteht, sprechen aus L. 4. §. 1. L. 8. §. 8. D. 20. 6.

330) L. 4. §. 1. D. 20. 6.

331) L. 8. §. 15. D. 20. 6. L. 4. C. 8. 26.

332) L. 4. §. 2. L. 8. §. 6 u. 11. D. 20. 6.

333) L. 10. pr. D. 20. 6.

334) L. 12. §. 4. D. qui pot. (20. 4.)

335) L 6 u. 8. C. 8. 26.

Pfand dem Gläubiger um die Hauptschuld zum Eigenthum verfallen soll, wenn die letztere nicht zur gehörigen Zeit bezahlt wird. Somit ward dieser Vertrag ursprünglich in einen nothwendigen Kauf gekleidet, dessen Pretium gerade das verzinsliche Capital bilden sollte [336]), und wie die vaticanischen Fragmente berichten, galt dieß dann als ein bedingter Kauf, dessen Kaufpreis bereits durch anfängliche Convention festgesetzt worden war. Manche neuere Rechtshistoriker haben nach dem Vorgange von Cujas angenommen, daß die lex commissoria im nothwendigen Zusammenhange mit der alten Verpfändungsweise durch fiducia stehe, indem hier, wenn die Zahlung ausbleibt, das Pfand immer dem Fiduciargläubiger als Eigenthum verblieben sei; allein die Verbindung beider Institute ist nur zufällig, da einestheils die fiducia sich auch ohne lex commissoria denken läßt, ja in den meisten Fällen sie nicht einmal voraussetzt [337]); anderentheils die lex commissoria auch bei dem Faustpfande und der Hypothek vorkommen konnte. Nach dem Rechte der classischen Zeit war der Vertrag erlaubt, allein von Constantin ist er in der Weise verboten worden, daß der Pfandgläubiger das Eigenthum an der Sache verlieren solle, wobei ihm natürlich die persönliche Klage aus der Hauptschuld immer noch zuständig bleibt [338]); und dieß Verbot besteht noch im Justinianischen Rechte und ist auch im canonischen wiederholt worden [339]). Der Grund des Verbotes ist mit hoher Wahrscheinlichkeit in dem Umstande zu suchen, daß es die Rücksicht auf das Gemeinwohl erheischte, den Wucherern eine leichte Gelegenheit zu entziehen, sich auf Kosten bedrängter Leute zu bereichern, welche durch die Noth gezwungen sind, sich um jeden Preis Geld zu verschaffen, und deßhalb hat man auch den Verzicht des Pfandschuldners auf die Rechtswohlthat Constantin's allgemein für ungiltig erklärt. — Ob hiermit auch der Vertrag stillschweigend verboten ist, daß, wenn die Zahlung der Hauptschuld zu einer bestimmten Zeit nicht erfolgt, das Pfand dann an den Gläubiger oder Bürgen um einen, dann erst zu bestimmenden Preis verkauft sein solle, ist unter den bedeutendsten Civilisten streitig. Zur Zeit der classischen Juristen

---

336) Fragm. Vaticana §. 9. Interp. Gothica ad L. un. Theod. Cod. de comm. rescindenda. (2. 3.) Vgl. hier Warnkönig, im Archive für civilist. Praxis Bd. 24, S. 313 flg. Zu weit wird der Begriff ausgedehnt von Weber, welcher jede Entsagung des Pfandschuldners auf Rechte in Ansehung der Pfandsache und jeden Erlaß von Verbindlichkeiten, welche sonst aus dem Pfandcontracte für den Pfandgläubiger entstehen, zur lex commissoria rechnet, wenn diese Entsagung oder beziehungsweise dieser Erlaß auf den Nichtzahlungsfall der Hauptschuld verabredet wird.

337) So schon Jac. Godofredus ad L. cit. in Cod. Theod. Ritter. l. p. 293 sq. Warnkönig a. a. O. Bd. 24, S. 345 flg.

338) L. un. Th. C. 2. 3. L. 3. Just. Cod. de pactis pignorum. (8. 35.)

339) Cap. 7. X. de pignor. (3. 21.)

war der Vertrag zweifelsohne erlaubt[340]. In den Justinianischen Pandekten sind des Verbotes der lex commissoria ungeachtet Stellen aufgenommen, welche den Vertrag noch als erlaubt darstellen. Nimmt man hinzu, daß nach der obigen Begriffsbestimmung der Vertrag gar nicht unter die lex commissoria fällt, so läßt sich vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus dessen Giltigkeit nicht füglich bezweifeln[341], und wenn man sich dagegen theils auf die Allgemeinheit des Verbotes, theils auf den Umstand berufen hat, daß bei solchen Verträgen die Gefahr des Schuldners, sein Eigenthum zu verlieren, ganz die nämliche sein werde, so hat man dabei vollständig übersehen, daß nicht dieser Gesichtspunkt allein im Verbote entscheidet, sondern vielmehr der Verlust des Eigenthums um den Betrag der Pfandschuld, welche in der Regel viel weniger betragen wird, als der Werth des Pfandes ausmacht. — Daß alle diese verbotenen Verträge giltig werden, wenn sie vom Pfandschuldner beschworen werden, ist eine Behauptung, welche nach der richtigeren Ansicht entschieden verworfen werden muß.

2) Der Vertrag, daß, wenn die Hauptschuld nicht zur bestimmten Zeit abgeführt wird, der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger die Hypothek abtreten wolle (cessurum se creditoribus). Hierin liegt nicht eine Ueberlassung der Pfandsache zum Eigenthum, sondern lediglich eine Uebertragung des Besitzes an den Pfandgläubiger von einem unbestimmten Termine an, und zugleich eine Bestärkung des Verkaufsrechtes, was dem Pfandgläubiger am Pfande zusteht[342]; daher hat der Vertrag keine weitere Wirkung, als daß der Verkauf der Pfandsache nach dem Inhalte des gemeinen Rechtes erfolgt, und deßhalb wird er von den Interpreten für überflüssig erklärt. Daß ihn Manche unter den Gesichtspunkt der commissoria haben ziehen wollen, beruht auf einem Mißverständnisse.

3) Das sogen. pactum de ingrediendo pignore (hypotheca). So heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen der Vertrag zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, wodurch der erste das Recht erhält, sich eigenmächtig, ohne richterliches Urtheil abzuwarten, in den Besitz der ihm verpfändeten Sache zu setzen, falls die Hauptschuld zu einem bestimmten Termine nicht abgetragen wird[343].

---

340) Fragm. Vat. §. 9. L. 16. §. ult. D. 20. 1. L. 81. D. de contrah. empt. vend. (18. 1.) L. 12. pr. D. 20. 5.

341) So v. Glück, Fritz, Sintenis, Warnkönig, vor allen aber Jac. Gothofredus.

342) L. 1. C. de pactis pign. (8. 35.) Vgl. dazu Warnkönig a. a. O. Bd. 24, S. 335 flg. Rudorff, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13, S. 203.

343) L. 3. C. de pign. (8. 14.) Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 13, S. 204.

Wenn in Folge eines solchen Vertrages der Gläubiger einseitig und ohne den Willen oder wider Willen des Pfandschuldners den Besitz der Pfandsache occupirt, so begeht er zwar kein furtum, auch keine vis, welche der lex Julia verfällt; allein, weil das sine iudice reposcere allgemein unerlaubt ist, so bleibt ihm nur der Weg übrig, ein prohibitorisches Interdict de ingrediendo auszuwirken und so in den Besitz der Pfandsache zu kommen. Dieß ist bezeichnet mit den Worten: attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. Von diesem interdictum adipiscendae possessionis, was im Justinianischen Rechte verschwunden ist, hat sich noch eine sehr bestimmte Spur in einer Pandektenstelle erhalten [344]).

4) Der Vertrag, wodurch sich der Pfandschuldner dem Gläubiger gegenüber des Rechtes begibt, das Pfand zu veräußern (vgl. S. 3). Er wird vollständig aufrecht erhalten, und jede dagegen laufende Veräußerung ist null und nichtig.

5) Der Vertrag, wodurch sich der Pfandgläubiger des Rechtes begibt, das Pfand im Nichtzahlungsfalle zu verkaufen (vgl. S. 44). In der Form, wie er abgeschlossen worden, kann der Vertrag nicht aufrecht erhalten werden, weil das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers zu den wesentlichen Bestandtheilen des Pfandrechtes gehört. Demnach wird er lediglich so ausgelegt, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkaufe vorher dem Pfandschuldner dreimal nach einander denunciren müsse, anstatt der sonst gewöhnlichen einmaligen Denunciation, mithin eine Erschwerung des Pfandverkaufes daraus hergeleitet. Welcher Zeitraum zwischen den Einzeldenunciationen inne gehalten werden soll, darüber findet sich nirgends eine genauere Bestimmung. Wahrscheinlich wird es ein mäßiger sein müssen, dessen genauere Bestimmung dem Urtheile des Richters überlassen bleibt.

6) Der Vertrag, wodurch der Pfandgläubiger das Recht erhält, das Pfand verkaufen zu dürfen. Im früheren Rechte der Römer war dieser Vertrag die einzige Quelle des Verkaufsrechtes, was dem Pfandgläubiger zustehen konnte, weil man das Wesen des Pfandrechtes lediglich in die Zuständigkeit der hypothekarischen Klage zu setzen pflegte (vgl. S. 4). In der späteren Zeit war der Vertrag bei jeder Pfandbestellung stehend, und als man sich daran gewöhnt hatte, das Verkaufsrecht des Gläubigers als einen wesentlichen Bestandtheil des Pfandrechtes zu betrachten, so war man darüber nicht im klaren, welche specielle Wirkung dem Vertrage fernerweit beizulegen sei. Die neueren Juristen sind gewohnt, den Vertrag so auszulegen, als

---

344) L. 52. §. 2. D. de possess. (41. 2.) Species inducendi in possessionem alicuius rei est, prohibere ingredienti vim fieri. Statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est, quam restituere (Venuleius, lib. 1. Interdictorum).

ob dadurch die Nothwendigkeit der Denunciation erlassen würde, welche der Gläubiger vor dem Pfandverkaufe an den Pfandschuldner zu erlassen hat. Allein die Stellen der römischen Rechtsquellen, welche man für diese Behauptung angezogen hat, sprechen viel zu allgemein, als daß daraus etwas der Art entnommen werden könnte[345]).

7) Pactum antichreseos (bei den neueren Rechtslehrern auch antichreticum genannt) heißt der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, wodurch dem ersteren das Recht der Gegennutzung am Pfande eingeräumt wird, in der Art, daß er die Pfandsache während der Dauer des Pfandrechtes anstatt der Zinsen der Hauptschuld, vollständig gebrauchen und benutzen kann. Der Vertrag kommt am häufigsten bei dem Faustpfande vor[346]), allein er kann auch ohne Pfandcontract selbstständig eingegangen werden, und dann erscheint er in seiner ursprünglichen Reinheit ohne Beimischung der fremdartigen Bestandtheile, welche der Pfandnexus nothwendig einschließt[347]). Die Einzelrechte, welche im Vertrage liegen, sind a) das Recht, die Sache zu detiniren. Zu diesem Zwecke muß dem antichretischen Gläubiger die Sache gleich von Anfang herein übergeben werden; wenn er durch Zufall die Detention verliert, so hat er eine besondere in factum actio auf deren Restitution[348]). b) Das Recht, die Früchte vollständig aus der Sache zu ziehen und statt der Zinsen zu behalten. Der Berechtigte braucht deßhalb von den gezogenen Zinsen keine Rechnung abzulegen, auch sie nicht zurückzuerstatten, insoweit sie die gesetzliche Quantität der Zinsen übersteigen[349]). Indessen kann es wohl vorkommen, daß die Früchte aus der Sache nur bis zum Betrage der gesetzlichen Zinsen behalten werden sollen[350]); dann versteht sich die Rechnungsablage und Erstattung des Superfluum von selbst. c) Das vollständige unumschränkte Gebrauchsrecht an der Sache[351]). d) Der Pfandgläubiger hat ein Retentionsrecht an der Sache, bis das Capital zurückgezahlt ist (retinet possessionem pignoris loco, L. 11. §. 1. D. de pign. act. [13. 7.]). — Wird die Antichrese zum Pfandgeschäft als Nebenvertrag hinzugefügt, so können alle diese Berechtigungen mit den gewöhnlichen

---

345) §. 1. J. quibus alien. (2. 8.) L. 3. §. 1. C. 8. 34. L. 8. §. 4. D. 13. 7. Vgl. Sintenis a. a. O. S. 539.

346) L. 33. D. 13. 7.

347) L. 11. §. 1. D. 13. 7. verb. pignoris loco.

348) L. 11. §. 1. cit. Daß hier Noodt (observ. II. cap. 9.) statt in factum actione hat lesen wollen hac actione, wornach die pignoraticia zu verstehen wäre, beruht auf der vorgefaßten Meinung, als ob die Antichrese ohne Pfandvertrag nicht vorkommen könnte.

349) L. 14 u. 17. C. de usuris. (4. 32.) Vgl. Westphal, Pfandrecht S. 124.

350) L. 1. §. 3. D. 20. 1.

351) Darauf geht auch L. 6. C. quod cum eo. (4. 26.) L. 11. §. 1. D. 13. 7.

Pfandklagen erzwungen werden[352]). Dem antichretischen Pfandgläubiger liegt nur die Verpflichtung ob, die Pfandsache nach Rückzahlung des Capitals zurückzugeben, und nach der Praxis die Steuern und Lasten der Sache in der Zwischenzeit zu bezahlen. — Eine stillschweigende Antichrese haben manche neuere Juristen nach dem Vorgange des Cujas[353]) dann annehmen wollen, wenn ein Capital unverzinslich zum Darlehn gegeben und dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Pfande übergeben worden ist. Dann könne, sagt man weiter, der Pfandgläubiger die Früchte der Sache bis zum Betrage der gesetzlichen Zinsen für sich behalten, doch müsse er Rechnung über die gezogenen Früchte ablegen und den Ueberschuß herausgeben. So richtig nun die Sache an und für sich ist[354]), so möchte gleichwohl der Name *ἀντίχρησις* für diese Vertragsform unpassend scheinen, theils weil in der wahren Antichrese keine Rechnungsablegung vorkommt über die Früchte und deren Herausgabe, so weit sie das gesetzliche Zinsmaß übersteigen, theils weil die römischen Rechtsquellen für den gedachten Fall den Namen *ἀντίχρησις* und ähnliche nicht gebraucht haben. — Nach dem Justinianischen Rechte ist die Errichtung der Antichrese mit Bauern und Ackersleuten in Ansehung ihres Ackerlandes und Feldgeräthes verboten, so daß der Contract für null und nichtig zu achten ist und die Sachen vom Pfandgläubiger herausgegeben werden müssen[355]). Noch weiter geht das canonische Recht, welches den Vertrag gänzlich aufgehoben hat[356]), und verfügt, daß die percipirten Früchte in Geld abgeschätzt und deren Werth von dem Capitale abgerechnet werden soll, und das hängt weiterhin mit dem Zinsverbote bei dargeliehenen Capitalien zusammen, was indeß in Teutschland nicht durchgedrungen ist. Hiernach steht der heutige Gebrauch der Antichrese fest, allein in der Rechtsanwendung soll darauf gesehen werden, daß der Vertrag nicht zur Verdeckung von zinswucherlichen Geschäften gebraucht werde. Am sichersten ist hier wohl Folgendes anzunehmen. Besteht die Gegennutzung in der Einnahme gewisser Geldgefälle, so muß wohl immer Rechnung abgelegt werden. Bei der Sachenmiethe und der habitatio scheint dieß nur dann nöthig, wenn der Gläubiger sie wiederum verpachtet hat. Bei der Perception natürlicher Früchte wird man es wohl auf den Beweis des klagenden Schuldners ankommen lassen müssen, falls sich daraus ergibt, daß deren Betrag die gesetzlichen Zinsen übersteigt.

---

352) L. 33. D. 13. 7.

353) Observ. VIII. 17.

354) L. 8. D. 20. 2. Diese Stelle von Verzugszinsen zu verstehen, wie Sintenis a. a. O. S. 234 gethan hat, ist deßhalb völlig unzulässig, weil bei dem Darlehn, von welchem da die Rede ist, keine Verzugszinsen denkbar sind. Dieß hat schon Büchel bemerkt.

355) Nov. 34. Auth. Ad haec ad L. 16. C. de usuris.

356) Cap. 6. X. de pignoribus. (3. 21.) cap. 8. X. de usuris. (5. 19.)

Was den Concurs der Pfandgläubiger anlangt, so versteht man darunter das Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger unter einander, wenn deren Pfandrechte an einem und demselben Pfandobjecte zusammentreffen. Ein solcher Concurs kann lediglich bei hypothekarischen Forderungen vorkommen, weil das Faustpfand seiner Natur nach sich nicht zu einer mehrmaligen Verpfändung eignet; er tritt aber nicht sowohl dann ein, wenn verschiedene ideelle oder reelle Theile einer und derselben Sache verschiedenen Pfandgläubigern verpfändet sind (dann existirt, rechtlich genommen, gar kein Zusammentreffen verschiedener Pfandrechte an einer Sache, weil es Jedermann frei steht, den ihm verpfändeten Antheil für sich speciell in Anspruch zu nehmen)[357], als vielmehr dann, wenn sich mehrere gleichstehende Pfandrechte auf die ganze Sache erstrecken. Hier gilt es, sofern das eine Pfandrecht kein höheres Alter hat als das andere, und auch mit keinem besonderen gesetzlichen Verzugsrechte versehen ist, als Hauptregel, daß jeder von den Berechtigten Dritten gegenüber sein Pfandrecht selbstständig und von dem Anderen unabhängig ausüben darf, und in ihrem Verhältnisse unter sich entscheidet dann der Besitzstand[358]; demnach sind, wenn der Eine das Pfand bereits verkauft oder aber die pignoris addictio vom Princeps erlangt hat, die Anderen lediglich auf den Ueberschuß der Kaufsumme oder des Schätzungswerthes beschränkt. Hat hingegen das eine von den concurrirenden Pfandrechten ein höheres Alter als das andere, so entscheidet man sich im Zweifel für den Vorzug des älteren Pfandrechtes vor dem erst späterhin entstandenen, weil spätere Dispositionen des Verpfänders oder Dritter, welche von ihm ihr Recht an der Sache ableiten, nur unter der Voraussetzung Anspruch auf rechtliche Geltung haben, daß die bereits von früherher auf der Sache ruhende Verpflichtung vollständig anerkannt werde. Diesen Vorzug des älteren Pfandrechtes bezeichnen die römischen Rechtsquellen mit dem Kunstausdrucke privilegium temporis[359]; die heutigen Rechtsgelehrten nennen ihn Priorität, was freilich mehr dem Ausdrucke potiorem esse in pignore entsprechen würde, welcher auch bei den gesetzlich bestimmten Pfandprivilegien vorkommt. Dieser Vorzug zeigt sich einmal darin, daß nur der ältere Pfandgläubiger den eigentlichen Besitz der Pfandsache zu beanspruchen hat (nur er kann lediglich mit der hypothekarischen Klage den Besitz der Pfandsache jedwedem entwinden[360]), und sich, wenn er im Besitze ist, gegen die Pfandklage jedes späteren Pfandgläubigers

---

357) L. 10. D. de pign. (20. 1.)

358) L. 20. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) L. 10. D. de pign. L. 16. §. 8. D. ibid. L. 7. D. qui pot. in pign. (20. 4.)

359) L. 10. D. qui pot. (20. 4.) Darauf bezieht sich auch der Grundsatz sicut prior es tempore, ita potior es iure in L. 4. C. qui potiores. (8. 18.)

360) L. 12. pr. D. qui pot. (20. 4.)

mit der exceptio hypothecaria schützen[361]); sodann auch darin, daß er über den Verkauf des Pfandes nach Gutdünken entscheiden, denselben also entweder verzögern oder beschleunigen kann; endlich auch noch darin, daß er sich zuerst aus dem erhaltenen Kaufpreise befriedigen kann, und mithin lediglich der Ueberschuß den nachfolgenden Pfandgläubigern zufällt. Dieser Altersvorzug des Pfandrechtes ist allgemein; er tritt nicht blos bei freiwilligen, sondern auch bei nothwendigen Pfandrechten hervor; ebenso bei besonderen, wie bei allgemeinen, bei Hypotheken, wie bei Faustpfändern[362]) (nur nicht bei dem pignus praetorium, insofern unter den Einzelnen, welche in die Güter mittirt waren, überhaupt gar keine Rangordnung vorkommt)[363]). Er bestimmt sich aber nicht nach dem Alter der Hauptschuld, sondern lediglich nach dem Zeitpunkte, wo das Pfandrecht für dieselbe bestellt worden ist[364]). — Im Falle sich das Alter keines Einzigen von den concurrirenden Pfandrechten genauer bestimmen läßt, entscheidet über den Vorrang nach der neueren Doctrin lediglich der Besitz der Pfandsache. Und wenn ein Pfandrecht, dessen Alter bewiesen ist, mit einem anderen zusammentrifft, dessen Altersbeweis nicht hergestellt werden kann, so hat das erstere vor dem zweiten den Vorzug. — Hiernach wird die Frage von Bedeutung, wann, d. h. in welchem Zeitpunkte das Pfandrecht als entstanden betrachtet werden muß. Die Beantwortung dieser Frage wird erst durch die Beachtung der Thatsache möglich, daß der Eintritt des Pfandrechtes von drei Momenten abhängt: einmal von der Existenz einer Hauptschuld, für die es bestellt wird; sodann vom Vorhandensein eines Gegenstandes, an welchem das Pfandrecht zustehen soll; endlich von dem Eintritte eines rechtlichen Grundes, worauf das Pfandgeschäft beruht. Erst mit dem Eintritte aller dieser Momente entsteht das Pfandrecht, nicht früher. Bezüglich des letzteren Punktes bedarf es hier nur der Bemerkung, daß das gesetzliche Pfandrecht ohne einen besonderen Act in dem Augenblicke eintritt, wo eine Hauptforderung und ein Object zur Existenz kommt, was von dem Pfandrechte afficirt werden kann[365]); ferner daß ein pignus praetorium von dem Augenblicke an entsteht, wo der Gläubiger in den Besitz der Güter

---

361) L. 12. pr. §. 7. D. ibid. Die Exceptionsformel lautet in den Quellen: si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata.

362) L. 10. D. qui pot. (20. 4.) L. 2 u. 3. C. qui pot. (8. 14.) L. 3. C. ut in possess. (6. 54.) Eine Anwendung auf den Nichteigenthümer, welcher Mehreren nach einander Pfandrechte an der fremden Sache bestellt, enthält L. 14. D. 20. 4.

363) L. 12. pr. D. de rebus auctor. iud. (42. 5.) L. 10. pr. C. de bonis auct. (7. 72.) Im Verhältnisse zu anderen Pfandrechten gibt indeß auch hier das Alter den Ausschlag. Vgl. L. 2. C. qui pot. (8. 18.)

364) L. 11. pr. L. 12. §. 2. D. qui pot. (20. 4.)

365) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 373 flg.

gelangt[366]; das pignus in causa iudicati captum aber durch die Vollstreckung des Befehles, d. h. durch die wirkliche Auspfändung[367]. — In Beziehung auf den Gegenstand, woran das Pfandrecht zustehen soll, kann das Pfandrecht niemals früher datirt werden, als von dem Augenblicke an, wo er in das Vermögen des Verpfänders kommt, und bei einer generellen Verpfändung von seinem Eintritte in das genus. So entsteht das Pfandrecht an den Illaten erst im Augenblicke, wo die Sache eingebracht worden ist[368]; bei der Verpfändung erst künftighin zu erwerbender Sachen entscheidet der Augenblick der Erwerbung, so daß also, wenn Jemand Mehreren seine Güter zu verschiedenen Zeiten verpfändet, die letzteren rücksichtlich der später erworbenen Sachen gleichzeitige Pfandgläubiger sind[369]. Indeß wirkt, wenn die Verpfändung einer fremden Sache durch nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers convalescirt, diese Genehmigung auf den Zeitpunkt der Verpfändung zurück[370]. — Die Existenz der Hauptforderung anlangend, so entscheiden bei dem freiwilligen Pfandrechte folgende Regeln. Wenn die Hauptobligation und das debitum zur Zeit der Pfandbestellung bereits feststand, so hebt die Wirksamkeit des letzteren erst mit dem Acte der Bestellung, dann aber sofort an. Fängt hingegen das debitum erst von einem späteren Zeitpunkte an, so ist nach dem speciellen Inhalte der römischen Rechtsquellen genau zu unterscheiden, je nachdem die contrahirte Obligation erst mit dem Augenblicke eintritt, in welchem die debiti causa zur Existenz kommt, wie bei der stipulatio credendi causa, oder schon vorher. Im ersten Falle nämlich hebt auch die Wirksamkeit des früherhin bestellten Pfandrechtes lediglich mit dem Eintritte des debitum an (vorher wird es nicht als existirend angenommen); im zweiten Falle wird der Eintritt des Pfandrechtes rückwärts auf den Tag zurückbezogen, an welchem die Obligation contrahirt worden ist[371]. Ist die Hauptobligation von einer Suspensivbedingung abhängig, so wird zwischen Potestativbedingungen und solchen unterschieden, welche es nicht sind. Im ersten Falle tritt das Pfandrecht erst mit der Erfüllung der Bedingung ein; im zweiten wird bei dieser Erfüllung die Obligation, mithin auch das Pfandrecht von dem Augenblicke an datirt, wo das Obligationsverhältniß abgeschlossen worden ist[372].

---

366) L. 26. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

367) L. 10. D. qui pot. (20. 4.)

368) L. 11. §. 2. D. ibidem.

369) L. 7. §. 1. D. ibid. L. 34. §. 2. D. de pign. (20. 1.) L. 28. D. de iure fisci. (49. 14.)

370) L. 16. §. 1. D. de pign.

371) L. 4. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 9. pr. D. qui pot. in pign. (20. 2.) L. 11. pr. §. 1. D. ibid. Vgl. Sintenis a. a. O. S. 358—369. Hiermit hängt es zusammen, daß das Vermächtnißpfandrecht erst mit dem Tode des Erblassers entstehen kann. L. 5. §. 1. D. quando dies. (36. 2.)

372) L. 13. §. 5. D. de pign. (20. 1.) L. 9. §. 1 u. 2. L. 11. §. 1. D. qui pot. (20. 4.)

Wenn der Vorzug des Alters bei der Concurrenz mehrerer Pfandrechte an einer Sache regelmäßig entscheidet, so ist das zwar als Normalfall zu betrachten, allein es gibt daneben auch gewisse gesetzliche Pfandprivilegien, welche die Wirkung äußern, daß sie älteren und gleichzeitig entstandenen Hypotheken kraft einer besonderen gesetzlichen Vorschrift vorgezogen werden. Man nennt diese Pfandprivilegien gewöhnlich privilegirte Hypotheken, im Gegensatze der einfachen, welchen ein solches Vorzugsrecht abgeht. Die Einzelgründe dieser Pfandprivilegien lassen sich am einfachsten auf folgende Punkte zurückführen: 1) Wenn durch den Credit des neuen Gläubigers das Pfandobject selbst erhalten worden ist, so erscheint gegen ihn der Altersvorzug unbillig; vielmehr hat das Pfandrecht, welches er sich an der Sache hat bestellen lassen, ohne weiteres den Vorzug vor allen älteren Pfandrechten. Die Allgemeinheit des Vorzuges ergibt sich aus folgenden Einzelanwendungen: bei der Ausrüstung und Ausbesserung eines schon verpfändeten Schiffes, bei dem Proviant für die Mannschaft, bei dem Frachtlohne und Miethgelde der Vorrathshäuser für verpfändete Waaren [373]). Indeß erstreckt sich das Vorzugsrecht lediglich auf wirkliche Geldvorschüsse, welche speciell zu diesem Zwecke gemacht sind; nicht auf blos willkürliche Verwendungen und Geldforderungen für gelieferte Sachen und geleistete Dienste. 2) Wer zur Erwerbung einer Sache (auch, wenn sie erst in der Zukunft zur Existenz kommen wird) Geld dargeliehen und sich an der Sache ein specielles Pfandrecht hat bestellen lassen, geht darin allein früheren Pfandgläubigern vor. Hierher gehören die Fälle, daß ein Acker oder ein Haus gekauft, oder ein Gebäude oder ein Schiff gebaut wird; die Anschaffung eines Schiffes und der Erwerb einer käuflichen militia mit dargeliehenem Gelde [374]). Im Grunde läßt sich dieß Vorzugsrecht auf die versio in rem zurückführen; jedenfalls steht es auch bei der stillschweigenden Hypothek dem Mündel zu, mit dessen Gelde irgend eine Sache angeschafft worden ist [375]), und die Praxis hat es auch auf den Verkäufer einer Sache ausgedehnt, welcher das Kaufgeld gegen Vorbehalt einer Hypothek creditirt, was nach römischem Rechte gar nicht vorkommen kann [376]). 3) Der Fiscus hat eine privilegirte Hypothek an allen Gütern seines Schuldners wegen rückständiger Grundabgaben [377]), und das hat die teutsche Praxis auch auf alle andere Arten von Abgaben ausgedehnt. 4) Die stillschweigende Hypothek der Ehefrau wegen Rückgabe ihres

---

373) L. 5. L. 6. pr. §. 1 u. 2. D. qui pot. (20. 4.) Nov. 97. cap. 3. Die letzte Stelle spricht auch von der Ausbesserung eines Hauses.

374) L. 7. C. qui pot. (8. 18.) Nov. 97. cap. 3 u. 4.

375) L. 7. pr. D. 20. 4.

376) Vgl. Büchel, die Natur des Pfandrechtes S. 78 flg.

377) L. 1. C. si propter pensit. (4. 46.) Vgl. dazu Sintenis a. a. O. S. 629.

Heurathsgutes nach getrennter Ehe ist durchaus privilegirt (vgl. den Art. Brautgabe in diesem Werke Bd. II, S. 463 flg.). Wahrscheinlich ist dieses Vorzugsrecht rein persönlich, indeß so, daß es von den Erben der Frau auf deren Kinder übergeht; beiden steht es aber nur dann zu, wenn die Frau der rechtgläubigen Kirche angehört. Daß der Vorzug der Hypothek sich nur gegen die älteren stillschweigenden Hypotheken, nicht aber gegen die älteren ausdrücklichen geltend gemacht werden könne, ist eine zwar von manchen Practikern angenommene, aber nach dem Inhalte des Justinianischen Rechtes durchaus verwerfliche Meinung. — Außerdem nehmen manche neueren Juristen, freilich gegen den speciellen Inhalt der römischen Rechtsquellen noch folgende Pfandprivilegien an. a) Dem Fiscus soll eines zustehen an sämmtlichen Gütern des primipilus wegen Rückständen aus der Verwaltung. Allein die Gesetze, worauf man sich deßhalb bezogen hat, sagen nur, daß der Fiscus sich wegen Rückständen aus der Proviantverwaltung für die Armen an sämmtliche Güter des primipilus halten, und wenn diese zu seiner Deckung nicht ausreichen, auch das von dessen Frau eingebrachte Heurathsgut angreifen könne [378]. b) Außerdem soll die stillschweigende Hypothek des Fiscus an sämmtlichen Gütern seiner Contractschuldner nach Einigen durchaus privilegirt sein, nach Anderen nur bezüglich des, nach dem Abschlusse des Contractes von dem Contractschuldner erworbenen Vermögens [379]. Eine Kritik der ersteren Ansicht ist bereits unter dem Art. Fiscus in diesem Werke Bd. IV, S. 313 gegeben worden; die letztere wird auf L. 28. D. de iure fisci (49. 14.) gestützt, wo indeß bei der Concurrenz eines Generalpfandgläubigers mit dem, erst späterhin contrahirenden Fiscus die Rücksicht auf das dem letzteren zustehende privilegium exigendi ihm leicht den Vorzug vor dem ersteren sichern konnte. c) Auch die Argentarien sollen nach einer ziemlich weit verbreiteten Ansicht an Sachen eine privilegirte Hypothek haben, welche mit den, von ihnen dargeliehenen Geldern bezahlt sind. Allein Nov. 136, Cap. 3, worauf man dieses Privilegium gewöhnlich stützt, spricht ihnen den Vorzug nur im Falle der ausdrücklich und schriftlich bestellten Hypothek zu, und dann hat der Vorzug nichts Singuläres, sondern läßt sich vielmehr ganz füglich unter den Gesichtspunkt des Vorschusses zum Erwerb einer Sache bringen. Außerdem wird der Argentarius lediglich als wahrer Käufer der Sache betrachtet, die er dann nicht vom Standpunkte des Pfandes, sondern von dem des Eigenthums aus vindiciren kann. Ueberhaupt hat die ganze Novelle, soweit sie nicht mit dem Pandektenrechte übereinstimmt, keinen Anspruch auf practische Giltigkeit, weil sie unglossirt ist.

Falls mehrere privilegirte Pfandrechte an einer und derselben Sache zusammentreffen, so entscheidet unter ihnen, soweit die einzelnen Pfand-

---

378) L. 4. C. in quibus causis. (8. 15.) L. 3. C. de primipilo. (12. 63.)
379) So jetzt noch Sintenis a. a. O. S. 630.

privilegien einander gleich sind, lediglich der Vorzug des Alters[380]), und diese Gleichheit der Privilegien ist wahrscheinlich überall zu vermuthen, wo das Vorzugsrecht nicht durch die Gesetzgebung ausdrücklich beschränkt worden ist. Solcher Beschränkungen kommen lediglich vor α) bei der Hypothek wegen Rückgabe des Heurathsgutes (hier soll das Vorzugsrecht nur gegen die eigenen Creditoren[381]) des Ehemannes gelten, daher Pfandrechte von früherhin dem Dotalanspruche vorgehen müssen). β) Die Pfandprivilegien wegen Verwendung einer Sache müssen in der Regel immer dem Privilegium der Dotalhypothek weichen; nur der Creditor in militiam, welcher dem Manne Geld zum Ankaufe einer militia vorgeschossen oder ihm das Amt auf Credit verkauft hat, genießt nach Justinian's Verfügung ein Vorzugsrecht vor dem Dotalprivilegium[382]).

Einen allgemeineren Grund des Vorzuges späterer Hypotheken vor den älteren hat Leo[383]) durch folgende Verordnung eingeführt: Contracte sollen dadurch, daß die Urkunde ohne Zuziehung anderer Personen aufgesetzt worden ist, an ihrer Wirkung nichts verlieren, sofern dadurch eine persönliche Klage begründet werden soll. Soll aber durch eine solche Urkunde ein Pfandrecht bewiesen werden, so steht dieses dem durchaus nach, was durch eine öffentliche Urkunde (instrumentis publice confectis) begründet wird, auch wenn die letztere ein späteres Datum trägt; nur muß die Beiziehung und Unterschrift von wenigstens drei achtbaren Männern der Privaturkunde die Wirkung einer öffentlichen geben (tunc enim idiocheira quasi publice confecta accipiuntur). Wahrscheinlich beruht der Grund der Verfügung, welcher in der gedachten Constitution nicht weiter angegeben wird, auf der Bemerkung, daß Urkunden, welche vor der Obrigkeit, den Tabellionen und Zeugen ausgefertigt werden, nicht leicht antedatirt und deßhalb für älter ausgegeben werden können, als sie wirklich sind. Hier nun ist es augenscheinlich falsch, daß man an einen Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden rücksichtlich der Beweiskraft zu denken habe; auch ist es völlig willkürlich, darauf die Eintheilung des Pfandrechtes in publicum pignus, quasi publicum und privatum zu gründen, von welchen das erste aus einer öffentlichen, das zweite aus einer von drei Zeugen unterschriebenen Privaturkunde, das letzte aus einer einfachen Verschreibung des Pfandschuldners bewiesen werden solle. Jedenfalls bezieht sich die ganze Verfügung lediglich auf die Classe der Conventionalpfandrechte und läßt also das Verhältniß derselben zu den gesetzlichen Hypotheken völlig unberührt. Auf privilegirte Hypotheken, welche auf Privaturkunden

---

380) L. 12. §. 1. C. qui pot. (8. 18.) Nov. 91. pr. cap. 1.

381) L. un. §. 1. C. de rei ux. (5. 13.) L. 12. C. 8. 18. Nov. 97. cap. 2.

382) Nov. 97. cap. 3 u. 4.

383) L. 11. C. qui pot. (8. 18.)

beruhen, scheint die Verfügung der Constitution keine Anwendung zu leiden, weil, wenn wir von den Fällen der stillschweigenden Hypotheken absehen, die hier schon nach allgemeinen Gründen nicht in Frage kommen können, das Vorzugsrecht der ausdrücklichen Hypotheken auf Thatsachen beruht, welche außerhalb des Privatinstrumentes liegen und besonders bewiesen werden müssen, damit der Vorzug eintreten könne. Nach dem heutigen Rechte, welches bei der Verpfändung unbeweglicher Sachen immer die richterliche Bestätigung des Pfandrechtes verlangt, kann der Unterschied zwischen öffentlichem und Privatpfandrechte lediglich nur noch in solchen Fällen hervortreten, wo eine bewegliche Sache oder aber ein Recht zum Objecte des Pfandnexus erhoben wird, und als Hauptkennzeichen des öffentlichen Pfandrechtes wird dann die gerichtliche Anerkennung der Urkunde nach Inhalt und Unterschrift gelten müssen. — Ob ein durch Testament bestelltes Pfandrecht für ein öffentliches zu halten sei, das ist eine Frage, welche bei gerichtlichen Testamenten jedenfalls zu bejahen ist; bei Privattestamenten vor Zeugen kann natürlich nur der Begriff des pignus quasi publicum eintreten, und dieser dann freilich um so leichter, je sicherer mehr als drei Zeugen die schriftlichen Testamentsurkunden zu unterschreiben haben.

Als ein allgemeines Mittel, um die Collision der Pfandrechte abzuwenden, bietet sich das ius offerendi und succedendi dar, was jedem von mehreren concurrirenden Pfandgläubigern gegen den anderen zusteht, einerlei, ob es der frühere gegen den späteren brauchen will oder umgekehrt. Vgl. oben S. 50 flg. Zu dem gleichen Resultate führt auch jede andere Erwerbung eines bereits bestehenden Pfandrechtes, d. h. jeder Act, wodurch irgend eine dritte Person in das Pfandrecht eintritt, welches für eine individuell bezeichnete Person bestellt worden ist[384]). Dieß kann theils eine unmittelbare Erwerbung sein, d. h. eine solche, welche durch eine vorzugsweise Verhandlung mit dem Pfandgläubiger bewerkstelligt wird, theils eine mittelbare, d. h. welche lediglich durch Verhandlung mit dem Pfandschuldner ins Leben tritt und die Person des Pfandgläubigers unberücksichtigt läßt. Zu den Fällen der unmittelbaren Succession gehört, wenn wir von der Erbfolge und sonstigen Universalsuccession in das Vermögen des Pfandgläubigers absehen, hauptsächlich jedwede Uebertragung der Hauptforderung, wofür das Pfandrecht bestellt ist, sei es durch einfache Cession, Hingabe an Zahlungsstatt, Schenkung, Kauf, Legat, Vergleich u. s. w. In

384) Dieser Sprachgebrauch ist den römischen Rechtsquellen bekannt. L. 3. L. 12. §. 9. D. qui potiores. (20. 4.) L. 1. C. de his, qui in priorum. (8. 19.) L. 3. C. ibid. In ähnlicher Weise kommt in locum alicuius substitui vor L. 16. D. 20. 4. Daß die Worte in locum alicuius succedere auch bei dem Anbietungsrechte vorkommen, ist bekannt. Vgl. L. 4. C. 8. 19. u. s. w. Uebrigens kennen die röm. Rechtsquellen auch ein succedere in suum locum, wenn nämlich bei der Novation der Hauptschuld das für dieselbe ausdrücklich bestellte Pfandrecht besonders vorbehalten wird. Vgl. L. 3. pr. L. 12. §. 5. D. 20. 4.

dieser Rücksicht stand es nun zwar zur Zeit der classischen Juristen fest, daß die einfache Cession der Hauptobligation die dafür gestellten Sicherheitsmittel auf den Cessionar nicht zugleich mit übertrug 385); allein weil vom letzteren die Cession dieser Sicherungsmittel außerdem erzwungen werden konnte, so gestattete man ihm späterhin auch ohne Cession die ausgedehnte Pfandklage 386). Eine bloße Uebertragung des Pfandrechtes ohne Hauptobligation ist nach römischen Begriffen undenkbar, weil es als Nebensache nicht von der Hauptsache abgetrennt werden kann. Ein weiterer Fall der unmittelbaren Succession durch Afterverpfändung kann erst weiter unten erörtert werden. — In die Classe der mittelbaren Succession sind im einzelnen folgende Thatsachen einzurechnen, welche sich sämmtlich unter den Gesichtspunkt bringen lassen, daß der Hauptgläubiger, in dessen Rechte succedirt wird, mit dem Gelde des Nachfolgers abgefunden ist. a) Wenn Jemand dem Schuldner Geld darleiht, unter der Verabredung, daß letzterer damit einen Pfandgläubiger abfinden und das diesem zustehende Pfandrecht dann an ihn übergehen solle 387). Fehlt der letzte Theil der erwähnten Verabredung, so findet keine Uebertragung des Pfandrechtes statt; vielmehr kann der, mit dessen Gelde der Pfandgläubiger abgefunden ist, dann höchstens die actio negotiorum gestorum brauchen 388). b) Wenn ein Pfandgläubiger die Veräußerung seines Pfandes zu dem Ende gestattet, daß mit dessen Erlöse ein anderer Gläubiger seines Schuldners abgefunden werde, welcher an einer anderen Sache ein Pfandrecht hatte, und sich dabei die Stelle des letzteren ausbedingt, so succedirt er von selbst in das Pfandrecht des letzteren bei dessen Abfindung 389). c) Wenn irgendwer ein verpfändetes Grundstück vom Pfandschuldner kauft und mit dem Erlöse desselben vom Verkäufer irgend ein Pfandgläubiger abgefunden wird, so rückt der Käufer bezüglich dessen, was an den Pfandgläubiger gezahlt worden ist, unmittelbar in dessen Stelle ein, einerlei, ob er sich dieses Einrücken ausdrücklich vorbehalten oder nicht 390). Eine Folge davon ist, daß gegen den Käufer des Grundstückes dann auch das ius offerendi geübt werden kann 391). — Ein sehr uneigentlicher Fall der Succession tritt d) ein, wenn Jemand ein Darlehn aufnehmen will, und weil der sich findende Gläubiger seinen Ver-

385) L. 73. pr. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Hieraus ist die eigenthümliche Fassung von L. 34. pr. D. de legatis III. (32.) zu erklären.

386) L. 6. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 6 u. 7. C. de oblig. et actionibus. (4. 10.) L. 8. C. de hereditate vel actione. (4. 39.)

387) Diesen Fall behandeln L. 3. D. qui res pignores. (20. 3.) L. 1. C. de his, qui in priorum. (8. 19.) L. 12. §. 8. D. qui potiores. (20. 4.) Hierauf geht auch die Fassung von L. 2. D. de pignor. act. (13. 7.)

388) L. 1. pr. D. quibus modis pignus. (20. 6.)

389) L. 12. §. 9. D. qui pot. (20. 4.)

390) L. 17. D. qui pot. (20. 4.) L. 3. §. 1. D. de distr. pign. (20. 5.) L. 3. C. de his, qui in priorum. (8. 19.)

391) L. 3. §. 1. D. 20. 5.

mögensumständen nicht traut, eine Frau als Darlehnsempfängerin hinstellt, welche auch zur Sicherung der Forderung Pfänder aus ihrem Vermögen bestellt, und bei der Ablieferung des Gezahlten an den ersteren von diesem zu ihrer Deckung ein Pfandrecht eingeräumt erhält. Hier sollen nach dem strengen Rechte die von der Frau dem Pfandgläubiger bestellten Pfandrechte dem letzteren nicht haften, weil das Geschäft zur Umgehung des Vellejanischen Senatsbeschlusses abgeschlossen ist; ebensowenig haften die vom zweiten Empfänger der Frau bestellten Pfandrechte dieser nach strengem Rechte, weil sie eximirt wird. Allein durch das Dazwischentreten des Prätors wird die Sache so behandelt, wie wenn der Darlehnsgläubiger sofort an den eigentlichen (zweiten) Empfänger Zahlung geleistet, und dieser die der Frau bestellten Pfandrechte sofort ihm selbst eingeräumt hätte [392]). — Daß auch von einer Succession die Rede sein kann, wenn ein dritter Pfandgläubiger gegen einen früheren ein günstiges Erkenntniß erhalten hat, und zwischen beiden ein zweiter in der Mitte steht, läßt sich aus L. 16. D. qui pot. (20. 4.) nicht erweisen, und widerspricht außerdem den gewöhnlichen Grundsätzen von der res iudicata, welche nur unter den Prozeßparteien, nicht aber gegen Dritte wirken kann [393]). — Die Grundsätze, nach welchen diese Successionsformen zu beurtheilen sind, lassen sich aus den allgemeinen Grundlagen der Succession leicht ableiten. Jeder Successor hat sich innerhalb derselben Grenzen zu halten, welche seinem Vormanne vorgezeichnet waren. Er übt also dieß Pfandrecht nur auf die concurrente Summe aus [394]) und unterliegt in dieser Rücksicht gleichfalls dem Anbietungsrechte der späteren Pfandgläubiger [395]). Ueberhaupt bildet der Eintritt in das bereits bestehende Pfandrecht anderer Personen nicht die Regel, sondern nur die Ausnahme [396]). Hieraus folgt einmal, daß dieser Eintritt nicht vermuthet wird, sondern von dem, welcher daraus ein Recht herzuleiten denkt, im Zweifel erwiesen werden muß. Zugleich ergibt sich, daß über die oben angeführten gesetzlichen Gründe hinaus ein Eintritt in fremde Pfandrechte nicht möglich ist; daher auch die angegebenen Einzelfälle nicht extensiv, sondern nur restrictiv zu erklären sind.

Am Schlusse dieses Aufsatzes mögen noch einige gesetzlich ausgezeichnete Arten des Pfandrechtes erörtert werden, welche ihrer Anomalie halber im Obigen nicht berücksichtigt werden konnten. Hierher gehört

A. das **pignus nominis**. So heißt die Verpfändung einer

---

392) L. 29. pr. D. ad SC. Vellei. (16. 1.)

393) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 429 flg.

394) L. 12. §. 8. D. 20. 4. L. 16. D. ibid. vgl. mit L. 12. §. 6. D. ibid.

395) L. 12. §. 9. D. 20. 4.

396) L. 2. D. de pign. act. (13. 7.) L. 1. pr. D. de distr. pign. (20. 6.) L. 73. pr. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 2. C. per quas personas. (4. 29.)

Forderung und des durch die Obligationsklage einzufordernden Obligationsobjectes[397]). Im früheren Rechte kam sie gar nicht vor, weil die Ausübung von Forderungsrechten an Andere nicht übertragen werden konnte; erst späterhin erhielt sie unter Vermittelung des prätorischen Schutzes[398]) juristischen Bestand, allein jedenfalls nicht in der Form des Faustpfandes, weil Besitz an Forderungen nicht gedacht werden kann. Vielleicht hat dazu zunächst die Lehre von den Generalhypotheken Veranlassung gegeben, welche auch die Außenstände mit afficirten. Die älteste Spur des pignus nominis findet sich bei Obligationen, welche eine Summe Geldes zum Gegenstande haben, einerlei, aus welchem Grunde sie herstammen[399]); späterhin konnten indeß auch Obligationen, welche eine individuelle Sache zum Objecte hatten, auf diesem Wege verpfändet werden. Der Grundgedanke, nach welchem das ganze Verhältniß beurtheilt wird, ist, daß nicht sowohl das Obligationsobject selbst, als vielmehr in der Gestalt, wie es durch den Obligationsnexus zu erlangen ist, den Gegenstand des Pfandrechtes ausmacht — mit anderen Worten, daß der wesentliche Gegenstand des Pfandrechtes in der Obligationsklage selbst und deren möglicher Execution beruht. In diesem Verhältnisse nun erlangt der Pfandgläubiger ein Verkaufsrecht und ein Forderungsrecht. Ein Verkaufsrecht natürlich unter den nämlichen Bedingungen, wie jeder andere Pfandgläubiger, so daß der Käufer des nomen zur Einhebung desselben die utilis actio gegen den Schuldner des nomen erhält[400]), wobei es einer besonderen Klagencession überall nicht bedarf. Ein Forderungsrecht, inwiefern er nach der richtigeren Meinung zwar nicht die hypothekarische Klage zur Eintreibung der Schuld benutzen kann, auch nicht einmal die utilis, weil die Obligationen überhaupt nicht Gegenstand einer in rem actio sein können[401]) — wohl aber kann er die aus dem verpfändeten nomen entstehende Personalklage gegen den Debitor gerade so anstellen, wie wenn sie ihm zu diesem Zwecke cedirt worden wäre. In dieser Richtung ist in den römischen Rechtsquellen überall von utilis actio die Rede[402]), was nicht von der utilis hypothecaria, sondern lediglich von der ausgedehnten Obligations-

---

397) Huschke, de pignore nominis. Gott. 1820. Gaupp, de nominis pignore. Berol. 1820. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, 3. Ausg., §. 52, S. 520 flg. Sintenis a. a. O. S. 136—166.

398) L. 18. pr. D. de pignor. act. (13. 7.)

399) L. 18. D. 13. 7. L. 20. D. de pignoribus. (20. 1.)

400) L. 7. C. de hered. (4. 39.)

401) Für eine dingliche Klage aus dem pignus nominis hat sich in älterer Zeit hauptsächlich Cujas, in der neueren Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers (2. Ausg.) S. 76—80, ausgesprochen. S. dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 521.

402) L. 18. D. de pign. act. (13. 7.) L. 20. D. de pignor. (20. 1.) L. 4. C. quae res pignori. (8. 17.) L. 7. C. 4. 39. Vgl. hier Sintenis a. a. O. S. 149 flg.

klage zu verstehen ist, da nach der allgemeinen Grundlage der Obligation die directe Klage lediglich dem Obligationsgläubiger zusteht. Indessen entlehnt diese utilis actio Manches aus den Grundsätzen der hypothekarischen Klage, insoweit sie überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar sind. Einmal, daß der Kläger bei der Einziehung des nomen nicht an die Fristen und Förmlichkeiten des Pfandverkaufes gebunden ist; sondern daß dieß Klagerecht ihn nicht zur vollständigen Disposition über das nomen berechtigt, sondern ihm lediglich zur Sicherung seiner Hauptforderung dienen soll. Hieraus folgt, daß er den Beklagten nur zur Zahlung von so viel zwingen kann, als die Hauptforderung sammt Zinsen u. s. w. beträgt[403]), und daß er, wenn dieser freiwillig das Ganze an ihn zahlt, das zu viel Erhaltene an den Verpfänder des nomen herauszugeben hat[404]). Sodann ergibt sich daraus noch weiterhin, daß, wenn das Object des verpfändeten nomen nicht gerade in einer Geldsumme, sondern in anderen körperlichen Sachen besteht, auch diese ihm vom Beklagten ausgeantwortet werden müssen; doch so, daß er daran keine wirkliche Hypothek, auch kein wirkliches Faustpfand, sondern lediglich ein Retentionsrecht erhält[405]). Im übrigen bleibt es natürlich dem Schuldner des verpfändeten nomen unverwehrt, auch an den eigentlichen Creditor des nomen Zahlung zu leisten: nur wenn er von dem Pfandgläubiger über die Verpfändung Nachricht erhalten hatte, bleibt er auch jener Zahlung ungeachtet dem letzteren verbindlich[406]). Es wird demnach im Interesse des Pfandgläubigers liegen, diese Benachrichtigung, welche mit der bei der Klagencession verglichen werden kann, baldmöglichst an den Schuldner des nomen gelangen zu lassen, weil er sonst leicht durch dessen Handlungen in der Hauptsache beeinträchtigt werden möchte. Jedenfalls wird diese Befugniß zur Anzeige schon durch den Verpfändungsact begründet, und kann von diesem Zeitpunkte abwärts unbedenklich ausgeübt werden, weil es sonst der Verpfändung am Wesentlichen, d. h. am Pfandobjecte selbst durchaus fehlen würde. — Schließlich ist wohl auch die Frage schlechthin zu verneinen, daß dem Schuldner des Schuldners gegen die Klage des Pfandgläubigers die exceptio excussionis zusteht, da hier jeder Rückschluß von

---

403) L. 4. C. 8. 17. Inwiefern sich die beiden Forderungen decken, tritt dann bei Geldschulden gegenseitige Aufhebung auf dem Wege der Compensation ein. L. 18. D. 13. 7. L. 13. §. 2. D. de pign. (20. 1.)

404) L. 18. D. 13. 7.

405) Dieß ist der Sinn folgender Worte: si vero corporis alicuius, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. L. 18. D. ibid. Dafür entscheidet die Parallelstelle in L. 13. §. 2. D. de pignor. (20. 1.) Hiernach ist die sonst gewöhnliche Lehre, daß sich das pignus nominis mit der Zahlung des nomen von selbst in ein Faustpfand verwandelt, wenigstens dann, wenn das nomen in anderen Sachen als einer Summe baaren Geldes besteht, schlechterdings verwerflich.

406) L. 4. C. 8. 17. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 523.

dem Rechte des Besitzers einer verpfändeten Sache auf den debitor cessus mit Recht von vorn herein abgewiesen werden mag[407]).

B. Das sogen. subpignus (bei uns Afterpfand), d. h. das Pfandrecht, welches dadurch entsteht, daß der bisherige Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache an einen Anderen weiter verpfändet[408]). Wenn auch der Kunstausdruck subpignus unlateinisch und den römischen Rechtsquellen unbekannt ist, so kommt doch zweifelsohne die Sache selbst darin vor, und zwar als ein Institut, was in der doppelten Form des Faustpfandes und der Hypothek verwirklicht werden kann[409]). Die Grundidee, von welcher die römischen Juristen bei der Beurtheilung der Sache ausgehen, ist nicht sowohl, daß es eine Verpfändung des Pfandrechtes, auch nicht eine Verpfändung der persönlichen Forderung des Afterverpfänders ist, als vielmehr die, daß es eine wirkliche Verpfändung der einmal verpfändeten Sache einschließt. Am klarsten tritt dieß hervor aus den Redensarten, welche in den Rechtsquellen zur Bezeichnung des Rechtsverhältnisses gebraucht werden: rem pignoratam pignori accipere, eandem rem alii pignorare u. s. w.[410]), welche die verpfändete Sache recht eigentlich als das Object der neuen Verpfändung bezeichnen. Weil indessen eine Verpfändung des Pfandes ohne Hauptforderung undenkbar ist, so ist im Afterpfande zugleich auch die Hauptobligation mit verpfändet, zu deren Sicherung das Afterpfand bestellt war, aber lediglich ihrem Inhalte nach, nicht in ihrer persönlichen Form, d. h. nicht auch in ihrer Richtung gegen die Person des Schuldners, so daß dem Afterpfandgläubiger gegen diesen nicht, wie bei dem pignus nominis, eine utilis actio oder eine Denunciationsbefugniß zusteht[411]). Hierbei ergeben sich einige natürliche Beschränkungen, welche sich aus der Natur der Sache entwickeln lassen. Weil sich nämlich der Afterverpfänder lediglich innerhalb der Grenzen seines ihm an der Sache zustehenden Pfandrechtes zu halten hat, und nicht mehr Rechte an seinen neuen Pfandgläubiger übertragen konnte, als er selbst an der Pfandsache hat, so können die Befugnisse des Afterpfand-

---

407) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 527.

408) Die neuere Literatur ist hier sehr reich. Hervorzuheben sind Büchel, über die iura in re und deren Verpfändung S. 99 flg. Marb. 1834. Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1834. Mühlenbruch a. a. O. S. 334 flg. Sintenis a. a. O. S. 166 flg. Huschke, von der Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgeg. von Linde und Marezoll, Bd. 20, S. 222 flg.

409) L. 33. §. 4. D. de usurpat. (41. 3.) Vgl. Büchel a. a. O. S. 105 flg.

410) L. 13. §. 2. D. de pign. (20. 1.) L. 14. §. 3. D. de diversis temporalibus. (44. 3.) L. 1. C. si pignus pignori. (8. 24.) L. 2. C. ibid. Vgl. hier Büchel a. a. O. S. 104 flg.

411) Dieß ist auch ganz deutlich in L. 13. §. 2. D. 20. 1. ausgesprochen. Vgl. Sintenis a. a. O. S. 182 flg., Huschke a. a. O. Th. 20, S. 232.

gläubigers niemals über die Stellung seines Verpfänders zur Pfandsache hinausreichen[412]). In materieller Richtung wird ferner das subpignus durch das Pfandrecht des Verpfänders nothwendiger Weise bedingt. Damit hängt es zusammen, daß es nur mit der utilis pigneraticia geltend gemacht werden kann, weil es nur vom Pfandgläubiger, nicht aber vom wahren Sacheneigenthümer bestellt ist[413]). Ferner ergibt sich, daß mit dem Erlöschen des Pfandrechtes in der Person des Afterverpfänders auch das Afterpfandrecht des Nachmannes aufhört, mag nun die Zahlung der Pfandschuld an den Afterverpfänder oder an den Afterpfandgläubiger erfolgen[414]). Endlich gehört hierher die Betonung des Satzes, daß das Afterpfand an der Sache nicht weiter reicht, als die beiderseitigen Forderungen sich einander decken, d. h. die des Afterverpfänders und des Afterpfandgläubigers, so daß wenn der letztere an den ersteren auch mehr zu fordern hat, als die Summe beträgt, für welche diesem das Pfand bestellt ist, er gleichwohl dem ersten Verpfänder gegenüber bis auf den Belauf der letzteren berechtigt erscheint[415]). — Was die Verhältnisse angeht, welche aus dem Afterpfande entspringen, so nahmen zunächst die classischen Juristen einen förmlichen Eintritt des Afterpfandgläubigers in die Stelle des Afterverpfänders an, welcher sich als eine wirkliche Succession charakterisirt[416]). Hiernach ist der Afterpfandgläubiger als fingirter Cessionar des Afterverpfänders in Betreff der ihm zustehenden hypothekarischen Klage zu behandeln, welche natürlich auch als utilis actio lediglich sich so weit erstreckt, als das Recht des Afterverpfänders reicht und fortbesteht, also mit Einschluß der Aufhebungsgründe des letzteren durch Zahlung oder sonstige Befriedigung. Dadurch sinkt das Pfandrecht des Afterverpfänders für die Dauer des Afterpfandes zu einer inhaltlosen Form herab, welche ihn höchstens berechtigt, die Zahlung der ersteren Pfandschuld anzunehmen. Diese hypothekarische Klage ist in ihren Voraussetzungen an das Fortbestehen der ersten Pfandschuld geknüpft, und wird verweigert, wenn der Besitzer der Pfandsache vor dem Prätor bewies, daß immittelst der erste Pfandgläubiger befriedigt worden sei[417]). Ueberdieß kann der Afterpfandgläubiger, wenn er bereits im Besitze der Pfandsache ist, zur Erhaltung dieses Besitzes die utilis exceptio hypothecaria brauchen, falls er von Dritten mit der Eigenthums- oder

412) Eine Anwendung davon kommt vor bei dem Pfandweise constituirten Nießbrauche in L. 1. C. si pignus pignori. (8. 24.)

413) L. 13. §. 2. D. 20. 1. L. 1. C. 8. 24.

414) L. 40. §. 2. D. 13. 7. L. 13. §. 2. D. 20. 1. L. 14. §. 3. D. de div. temp. praescript. (44. 3.) L. 2. C. 8. 24. Vgl. Büchel a. a. O. S. 107.

415) L. 13. §. 2. D. 20. 1. Vgl. Büchel a. a. O. S. 108.

416) L. 14. pr. §. 1—3. D. 44. 3. Dazu Sintenis a. a. O. S. 176.

417) L. 40. §. 3. D. 13. 7. L. 13. §. 2. D. 20. 1. L. 1. C. 8. 24. Dazu Huschke a. a. O. Th. 20, S. 226.

Pfandklage belangt wird[418]). — Für das Verhältniß des Afterpfandgläubigers zur Pfandsache, wenn er deren Besitz erlangt hat, entscheiden die Grundsätze, welche vom pignus nominis gelten. Bestand also der Afterpfandgegenstand in der Forderung einer Summe baaren Geldes, so kann er mit dem Erhalten dieser Summe auf die Afterpfandschuld compensiren, doch muß er natürlich den Ueberschuß herausgeben, weil das Afterpfand nur so weit reicht, als beide Summen sich einander decken. War hingegen eine andere Sache außer baarem Gelde Gegenstand des ersten Pfandrechtes, so erlangt er mit dem Sachbesitze zugleich ein Retentionsrecht an der Sache[419]), was indeß wohl nicht von einer stillschweigenden Verwandlung des Afterpfandes in ein Faustpfand verstanden werden darf. — Sodann übt der Afterpfandgläubiger mit Ausschluß des Afterverpfänders das Verkaufsrecht an dem Pfande gerade in dem nämlichen Umfange aus, wie der letztere es ausgeübt haben würde[420]); doch ist nach der allgemeinen Grundlage des Institutes die Ausübung dieses Rechtes nicht blos an die Fälligkeit der Forderung des Afterverpfänders, sondern auch an die des Afterpfandgläubigers gebunden, weil diesem die Veräußerung des Afterpfandes nur für den Fall eingeräumt worden ist, daß er für seine Forderung nicht zur gehörigen Zeit befriedigt wird. Dabei sind ferner nicht blos die Bestimmungen zu beobachten, welche durch Vertrag mit dem Afterverpfänder getroffen worden sind, sondern diejenigen, welche letzterer mit dem ersten Verpfänder eingegangen war. Daß die Hyperocha zu restituiren ist, versteht sich nach der Natur des Pfandrechtes von selbst; bei deren Berechnung kommt aber nicht die ganze Quantität der Afterpfandschuld in Betracht, sondern lediglich nur so viel davon, als sie durch den Betrag der ersten Hauptschuld gedeckt wird. — Endlich steht dem Afterpfandgläubiger zweifelsohne noch das Recht zu, das ihm eingeräumte Afterpfandrecht weiter zu verpfänden, und dadurch entsteht dann zwischen ihm und dem zweiten Afterpfandgläubiger ein neues Verhältniß, was ganz nach den Regeln zu beurtheilen ist, welche von dem ersten Afterpfande gelten. — Für die Auflösung des Afterpfandes kommen die nämlichen Regeln in Frage, wie bei dem einfachen Pfande; außerdem wirken aber noch alle Gründe, welche das Pfandrecht des Afterverpfänders speciell zerstören, auch auf das Afterpfandrecht zerstörend ein, weil dieß in That wesentlich nur im ersten Pfandrechte besteht[421]).

Heimbach.

---

418) L. 13. §. 2. D. 20. 1.

419) L. 13. §. 2. cit.

420) L. 1. C. 8. 24. Daß hier der Afterpfandschuldner ausgeschlossen ist, ergibt theils die Natur der Sache, theils die sehr bestimmte Aeußerung in L. 14. §. 3. D. 44. 3.

421) L. 40. §. 2. D. 13. 7.

Pfändung. Die Pfändung erscheint im teutschen Rechte als eine Art erlaubter Selbsthilfe, welche zwar schon frühzeitig verboten ward[1]), allein in vielen Fällen auch in späteren Reichsgesetzen[2]) gestattet blieb. Von diesen Fällen[3]) sind die meisten durch das spätere Verbot aller eigenmächtigen Gewalt für ganz abolirt zu halten; nur zwei Fälle lassen von einem Pfändungs r e ch t e zu sprechen noch zu. Der erste derselben ist der des conventionellen Pfändungsrechtes, welches in Teutschland früher sehr üblich war und als Befestigung vielen Verträgen beigefügt wurde[4]). Es ist controvers, ob dieses conventionelle Pfändungsrecht durch die Bestimmung des Landfriedens von 1495: daß dieser Landfriede Niemand an seinen Versprechungen nichts abbrechen noch zugeben solle, aufgehoben sei oder nicht[5]), zumal die spätere sogen. Pfändungsconstitution nur solcher Pfändungen gedenke, woraus thätliche Handlungen im Reiche erfolgen können. Wenn aber auch der von den Gegnern aufgestellte Satz, daß jede eigenmächtige Pfändung, mithin auch die auf ein Vertragsrecht sich stützende, durch die erwähnte Constitution schon als muthmaßliche Quelle thätlicher Handlungen verboten sei, nicht durchgreifend sein sollte, so wird doch das conventionelle Pfändungsrecht jedenfalls nach dem Gerichtsbrauche gegenwärtig unzulässig sein, welcher sich auf die Verordnungen des römischen Rechtes gründet, daß eine Forderung durch ihre eigenmächtige Beitreibung verloren gehe. Der zweite und heutzutage allein noch practische Fall des Pfändungsrechtes ist der, bei welchem es sich um die Sicherheit des Eigenthums und Besitzes gegen eigenmächtige Störungen handelt, und welcher insbesondre auf den Schutz der Landwirthschaft gegen Beschädigungen aller Art abzweckt. Den Grundsätzen des römischen Rechtes, welche allerdings auch diese Pfändung für unerlaubt erklären[6]), steht ein auf den ältesten teutschen Gesetzen[7]) beruhendes und bis auf die neueren Zeiten beibehaltenes Herkommen entgegen, welches dieses Pfändungsrecht unter gewissen Voraussetzungen aufrecht erhält und ihm gewisse rechtliche Wirkungen beilegt[8]). Jene Voraussetzungen sind: a) Der Pfändende muß im wirklichen Besitze der Sache oder des Rechtes, zu dessen Schutz die Pfändung vorgenommen wird,

---

1) Reichsabschied von 1235 Cap. 19.
2) Insbesondre Frankfurter Reichsabschied von 1442 §. 2—5.
3) S. D a n z, Handb. des heutigen teutschen Privatrechtes B. 2, S. 352.
4) Beispiele s. bei D a n z a. a. O. S. 354.
5) Kopp, de iure pignorandi conventionali (Marb. 1738.) §. 18., und D a n z a. a. O. S. 356, Note k.
6) L. 39. §. 1. D. ad Leg. Aquil.
7) Lex. Sal. Tit. 10. §. 1. Lex Wisigoth. L. 8. Tit. 3. L. 13. Lex Burgund. Tit. 25. L. 1. Lex Longob. Tit. 19. L. 21. Tit. 24. L. 1. Sachsensp. B. 2, Art. 47.
8) Mevius, P. 2. Dec. 106. n. 5. Vgl. D a n z a. a. O. S. 359 und insbes. Note c.

sich befinden, weil sonst eine Störung des Besitzes nicht gedacht werden kann[9]. b) Die Pfändung muß auf frischer That geschehen und an dem nämlichen Orte, wo die Besitzstörung erfolgt, wobei die nähere Bestimmung dem richterlichen Ermessen vorbehalten ist[10]. c) Es muß jeder unzweckmäßige Exceß vermieden werden; die Handlung der Pfändung wird durch einen solchen zwar an sich nicht unerlaubt, doch ist der Pfändende wegen jedes dadurch verursachten Schadens ersatzpflichtig[11]. d) Nach geschehener Pfändung muß der Pfändende dem ordentlichen Richter baldmöglichst davon Anzeige machen; die Auslieferung der abgepfändeten Sachen ist gemeinrechtlich nicht, wohl aber häufig durch Particularrechte[12] vorgeschrieben. e) Eine Gegenpfändung ist bei Voraussetzung einer an sich gerechten Pfändung stets unerlaubt, gegen eine unerlaubte Pfändung ist sie aber eine rechtmäßige Gegenwehr[13]. Was die rechtlichen Wirkungen einer solchen Pfändung anlangt, so ist der Gepfändete zum Ersatze aller verursachten Schäden und Kosten verpflichtet, muß auch nach particularrechtlichen Gesetzen oder Herkommen ein besonderes Pfandgeld bezahlen und der Pfändende behält, wo die Ablieferung der abgepfändeten Sachen an den Richter nicht Rechtens ist, dieselben bis zur Erfüllung jener Verbindlichkeiten in Verwahrung; erfolgt die Auslösung derselben nicht, so kann deren Veräußerung unter gerichtlicher Autorität geschehen. S.

Pflichttheils- und Notherbenrecht. Das römische Recht gestattet dem Willen des Einzelnen, über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode zu verfügen[1]. Aber es hat auch die Nothwendigkeit erkannt, beschränkend der Willkür entgegenzutreten, welche sich über jede Rücksicht auf die Familienverbindung, in der doch der Ursprung des Erbrechtes zu suchen ist, ungebührlich hinwegsetzen möchte[2]. In dieser Beziehung kommen aber im römischen Rechte zwei sehr verschiedenartige Beschränkungen vor. Es gibt nämlich Personen, welche der Erblasser zwar von der Erbschaft ausschließen kann, welche er aber auch, damit sie nicht seine Erben werden, ausdrücklich von der Erbfolge ausschließen muß, indem sie, wenn sie übergangen, d. i. weder zu Erben eingesetzt noch enterbt sind, gegen den Willen des Erblassers zur Erb-

---

9) Leyser, spec. 595. M. 17. 18.

10) v. Kramer, Wetzl. N. St. Th. 121, N. 5.

11) Leyser l. c. M. 11.

12) Z. B. in Sachsen, Haubold, sächs. Privatr. §. 167.

13) S. die bei Runde, Grunds. des teutsch. Privatr. §. 222 b, Note k angef. Schriftsteller. Vgl. Wilda, in der Zeitschr. f. t. R. Bd. I, S. 167 flg.

1) L. 120. D. de V. S. Verbis legis XII. tabb. his: uti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

2) L. 120. cit. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

folge gelangen können. Man nennt sie Notherben. Der Erblasser ist aber durch die auf sie zu nehmende Rücksicht nur formell beschränkt, insofern er ihnen unter Beobachtung der erforderlichen Form die Erbschaft ganz entziehen kann; er muß ihrer gedenken, braucht sie aber nicht zu bedenken. Gewissen Personen dagegen, und zwar zum Theil denselben, welche zu den Notherben in dem eben angegebenen Sinne gehören, ist unter gewissen Voraussetzungen gesetzlich ein Anspruch auf einen gewissen Theil des Erbvermögens beigelegt, welchen ihnen der Erblasser nicht willkürlich schmälern oder entziehen darf, sondern vielmehr pflichtmäßig hinterlassen muß, um nicht die Giltigkeit seiner letztwilligen Anordnungen ganz oder theilweise gefährdet zu sehen. Den diesen Personen gebührenden Theil des Nachlasses nennt man Pflichttheil; die Personen, denen er gebührt, Pflichttheilsberechtigte. Man nennt aber auch sie Notherben, insofern der Erblasser auch auf sie nothwendig Rücksicht nehmen, dieselben bedenken muß, oder eine Erbfolge derselben gegen seinen Willen, also unabhängig von diesem, stattfinden kann, obwohl Manche diese Benennung nur auf die erstgenannte Classe von Personen beschränken wollen [3]). Man kann demnach den Inbegriff der auf diese und jene bezüglichen Rechtsvorschriften im allgemeinen das Notherbenrecht nennen, dabei aber Notherben wegen Nichtgedenkens und Notherben wegen Nichtbedenkens, formelles und materielles Notherbenrecht unterscheiden. Beide stehen jedoch, zumal nach neuestem Rechte, in so enger Beziehung zu einander, daß es vollkommen gerechtfertigt ist, sie verbunden in einem Artikel abzuhandeln, wie sie auch in neuerer Zeit in verschiedenen Monographien gemeinschaftlich bearbeitet worden sind [4]).

---

3) Ohne genügenden Grund; vgl. Puchta, Pand. §. 485, Note b. — Ganz angemessen ist die Bezeichnung weder für die eine noch für die andere Classe von Personen, da sie vielmehr auf eine Nothwendigkeit, Erbe zu werden, als auf die Nothwendigkeit, zur Erbschaft berufen oder bei der Verfügung über dieselbe berücksichtigt zu werden, hinzudeuten scheint. Auch bezeichnet die moderne lateinische Uebersetzung des Wortes Notherbe, oder vielmehr der Ausdruck, wovon Notherbe eine teutsche Uebersetzung ist, necessarius heres, in der römischen Rechtssprache denjenigen, welcher, zur Erbschaft berufen, nothwendig oder ipso iure Erbe wird (vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 7), und daß man diesen Ausdruck auch in obiger Bedeutung gebraucht, das ist wohl nur durch den Umstand veranlaßt worden, daß die im heutigen Rechte allein noch vorkommenden necessarii heredes im römischen Sinne zugleich dieselben Personen sind, welche schon nach altem Civilrechte eingesetzt oder enterbt werden müssen (vgl. dieses Werk Bd. III, S. 888).

4) C. G. M. Valett, das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das sogen. Notherbenrecht. Götting. 1826. — G. C. Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen, nach röm. Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die Nov. 115. — W. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Göttingen 1831. — Die letzte ist die bedeutendste Monographie über diesen Gegenstand. Außerdem ist noch besonders hervorzuheben: Glück's ausführliche Erläuterung der Pandekten

In Betreff unseres Gegenstandes aber hat Justinian noch im Jahre 541 n. Chr., also sieben Jahre nach Vollendung seiner großen Rechtssammlungen, eine tief eingreifende, diese Lehre wesentlich umgestaltende Verordnung erlassen, die Novelle 115, welche mit dem bis dahin geltenden Rechte combinirt werden muß, um die Resultate für das practische Recht zu gewinnen. Es ist nicht möglich, darin zur Einsicht zu gelangen, wenn man nicht vorerst die verschiedenartigen hierher gehörigen Bestimmungen des älteren Rechtes für sich auffaßt, um dann erst den Inhalt des neuen Gesetzes damit zu vergleichen. Die folgende Ausführung wird daher I. die verschiedenen Arten der Erbansprüche gegen den letzten Willen, wie sie vor der Novelle 115 bestanden, sodann II. den Inhalt dieser Novelle auseinandersetzen, und endlich III. die Grundsätze des geltenden Rechtes, wie sie sich aus der Verschmelzung des neuen Gesetzes mit dem älteren Rechte ergeben, entwickeln, welchem letzten Abschnitte denn auch die nähere Erörterung aller Fragen von practischer Bedeutung, wenn gleich sie aus dem Rechte vor der Nov. 115 zu schöpfen ist, vorbehalten bleibt.

I. Das Recht vor der Novelle 115.

A. Erbansprüche wegen Präterition; formelles Notherbenrecht.

Einsetzung oder Enterbung ist nach Civilrecht zur Giltigkeit des Testamentes erforderlich in Ansehung derjenigen Personen, welche den Erblasser, wenn er ohne Testament stürbe, als sui heredes ipso iure beerben würden[5]; die Präterition derselben hat civilrechtlich Nichtigkeit des Testamentes zur Folge[6]. Nach prätorischem Rechte dagegen ist Einsetzung oder Enterbung nicht nur in Ansehung der sui heredes, sondern auch in Ansehung anderer den sui heredes gleichgestellter Descendenten[7]) erforderlich, um die Vereitelung des Testamentes durch bonorum possessio contra tabulas abzuwenden[8]. Nur in einem

---

ten, fortgesetzt von Mühlenbruch Bd. 35—38 (Erlangen 1832—1835), vgl. mit Bd. 6, S. 527 flg. und Bd. 7 desselben Werkes. Eine besondere Schrift über das Pflichttheilsrecht ist: G. Möller, die Lehre vom Pflichttheil, 2 Thle. Amberg (Nürnberg) und Sulzbach 1801, 1806. Vgl. übrigens in Betreff der Literatur Francke a. a. O. S. 6—11.

5) Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 669, 670. Es ist jedoch wohl möglich, daß ab intestato ein Descendent als suus heres erbt, der doch nicht eingesetzt oder enterbt zu sein brauchte, wenn nämlich der Erblasser ein Testament hinterläßt, das erst nach dessen Tode ungiltig wird, und inzwischen erst jener in sui heredis locum succedit. L. 7. pr. D. si tab. test. (38. 6.)

6) Vgl. Inst. de exheredatione liberorum. (2. 13.) Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. (28. 2.) Cod. de liberis praeteritis vel exheredatis. (6. 28.) De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. (6. 29.)

7) Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 672; Bd. II, S. 317—319.

8) Dig. de bonorum possessione contra tabulas. (37. 4.) Cod. de bonorum

Soldatentestamente wird die Präterition der Enterbung gleichgeachtet, vorausgesetzt, daß dieß nicht der wahren Absicht des Erblassers zuwider ist [9]). Die Erfordernisse einer wirksamen Enterbung sind schon in einem anderen Artikel angegeben worden [10]), wo auch bereits bemerkt wurde, daß die Unterschiede, welche in dieser Beziehung nach älterem Rechte unter verschiedenen Classen der zu enterbenden Personen stattfanden, im Justinianischen Rechte beseitigt sind [11]). Aber auch die Einsetzung muß von bestimmter Beschaffenheit sein. Das Civilrecht fordert in Ansehung des in der Gewalt des Erblassers befindlichen Sohnes eine solche Erbeinsetzung, deren Erfolg nicht gegen seinen Willen vereitelt werden kann, so daß er ungeachtet derselben dennoch von der Erbschaft verdrängt werden könnte, ohne förmlich enterbt zu sein. Daher ist die bedingte Erbeinsetzung des Sohnes in der Regel ungiltig. Sie genügt nur dann, wenn der Eingesetzte zugleich für den Fall der Nichterfüllung enterbt wird, oder wenn die Erfüllung schlechthin von der Willkür des Eingesetzten abhängt, also eine reine Potestativbedingung ist [12]); und selbst die Einsetzung des Sohnes unter einer unmöglichen Bedingung oder unter einer solchen, die er aus sittlichen Gründen nicht erfüllen darf, ist völlig unwirksam [13]), obgleich sonst eine solche Bedingung als nicht hinzugefügt behandelt und daher die Erbeinsetzung als unbedingte angesehen wird [14]). Töchter und Enkel dagegen, die sich in der Gewalt des Erblassers befanden, konnten auch unter einer Bedingung, deren Erfüllung nicht in ihrer Willkür stand, giltig zu Erben eingesetzt werden, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu werden [15]). Dieß hing ohne Zweifel damit zusammen, daß selbst die völlige Präterition derselben nicht das Testament nichtig machte, sondern ihnen nur das Recht gab, mit den eingesetzten Erben zusammen zu erben (ius accrescendi) [16]). Streitig aber ist es, ob sie dann nicht im Falle der Nichterfüllung jener Bedingung als präterirte anzusehen und daher nun als solche das ius accrescendi geltend zu machen berechtigt

---

possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur. (6. 12.) Vgl. dieses Werk Bd. II, S. 316—323.

9) §. 6. J. h. t. (2. 13.) L. 7—9. 30. 33. pr. §. 2. L. 36. §. 2. D. de testamento militis. (29. 1.) L. 9. 10. Cod. eod. (6. 21.) Cf. Lex rom. Burgund. tit. 45.

10) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 889—894.

11) Durch L. 4. C. de liberis praet. (6. 28.) vom J. 531.

12) L. 4—6. pr. L. 86. D. de hered. inst. (28. 5.) L. 28. D. de cond. inst. (28. 7.) L. 83. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 4. C. de inst. et subst. (6. 25.) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 892, Note 47, 48, und Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 354 flg.

13) L. 15. D. de cond. inst. (28. 7.)

14) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 935—936.

15) L. 4. pr. L. 6. §. 1. D. de hered. inst. (28. 5.) L. 1. §. 8. D. de suis et legitimis. (38. 16.)

16) Cai. II. 124. Ulp. XXII. 17. Cf. L. 4. C. de lib. praet. (6. 28.)

waren? Diese Frage ist wahrscheinlich zu bejahen, nach Analogie der bei der prätorischen Notherbfolge geltenden Regel[17]). Man hat sie verneint, weil der giltig Eingesetzte nicht für präterirt gehalten werden könne und nur wegen Präterition das ius accrescendi eingetreten sei[18]). Aber auch die bonorum possessio contra tabulas sollte nur dem präterirten Kinde zustehen, und dennoch wurde sie auch dem unter Bedingung Eingesetzten eröffnet, wenn die Erfüllung der Bedingung vereitelt war[19]). Streitig ist ferner, ob der angegebene Unterschied zwischen Söhnen und anderen sui heredes auch nach dem Rechte des Justinianischen Codex noch anzuerkennen sei? Wohl die Meisten sind der Meinung, er sei durch L. 4. C. de lib. praet. (6. 28.) beseitigt[20]), und mit Recht; denn nicht nur war es offenbar Justinian's Absicht, die auf der Unterscheidung des Geschlechtes der Kinder beruhenden Unterschiede durchaus zu beseitigen[21]), und glaubte er dieses auch durch L. 4. C. cit. vollständig erreicht zu haben[22]), sondern es würde auch die Beibehaltung des fraglichen Unterschiedes ganz unpassend und inconsequent sein, nachdem der Präterition aller sui heredes die gleiche Folge, Nichtigkeit des Testamentes, beigelegt war[23]). Die in den Pandekten ungeschickter Weise übrig gelassenen Spuren des alten Unterschiedes können daher nicht bewegen, denselben noch festzuhalten, um so weniger, da bei diesen Stellen die Compilatoren vielleicht das, was in Ansehung der

---

17) Vgl. unten Note 26. Francke a. a. O. S. 48.

18) Mühlenbruch a. a. O. S. 387. Foerster, de bon. poss. contra tab. p. 83.

19) L. 3. §. 12. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.)

20) Cuiac. ad L. 1. D. de lib. et post. (ed. Neapol. Vol. I. p. 1053). Francke a. a. O. S. 48. v. Vangerow, Pand. II. §. 469, Note 4. Puchta, Pand. §. 486. — Anderer Meinung sind unter Anderen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 215 flg. Mayer, Erbr. I. S. 239. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 491.

21) L. 4. §. 1. C. cit. Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares ac feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari (sc. aequa lance) et similibus verbis exheredationes nominatim procedere etc. — Das honorari ist im Gegensatze der exheredatio auf die Erbeinsetzung zu beziehen, in Ansehung deren keine andere Verschiedenheit als die oben berührte unter Söhnen und Töchtern stattfand; man kann daher nicht sagen, wie Mayer a. a. O., daß eine Gleichstellung in Betreff der Art der Erbeinsetzung nicht beabsichtigt gewesen sei. Auch kann es kein Bedenken erregen, daß Justinian die Gleichstellung zugleich auf das prätorische Recht bezieht, welches eine bedingte Erbeinsetzung überhaupt zuläßt; denn dieß hatte in dem Wesen der bon. poss. c. t. seinen Grund, es beruhte nicht in einer Unterscheidung der Personen nach dem Geschlechte.

22) §. 5. J. de exhered. lib. (2. 13.) Nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans ideo simplex ac simile ius et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis — — introduxit.

23) Mühlenbruch sagt a. a. O. Bd. 36, S. 386: Da Töchter und Enkel auch präterirt werden konnten, ohne daß dieß dem Rechtsbestande des

postumi und quasipostumi gilt, vorschwebte[24]). Die Einsetzung einer Person nämlich, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht im Verhältnisse eines suus heres zum Erblasser steht, aber später in dasselbe eintreten kann, ist auch nach Justinianischem Rechte noch unter einer beliebigen Bedingung zulässig, weil die Einsetzung derselben überhaupt nicht erforderlich ist zur anfänglichen Giltigkeit des Testamentes; es kommt nur darauf an, daß zu der Zeit, da der Eingesetzte in jenes Verhältniß eines entweder einzusetzenden oder zu enterbenden suus heres wirklich eintritt, die Bedingung bereits erfüllt, also die Einsetzung nun eine unbedingte sei; denn sonst kann diese das Testament gegen die nun eintretende Ungiltigkeit nicht schützen, wenn nicht die Bedingung eine potestative oder zugleich für den Fall der Nichterfüllung die Enterbung des bedingt Eingesetzten ausgesprochen ist[25]). Dasselbe ist endlich auch erforderlich, um die prätorische Erbfolge gegen das Testament jedenfalls auszuschließen. Denn die bedingte Erbeinsetzung des prätorischen Notherben ist zwar an sich giltig, weil selbst die völlige Präterition desselben nicht die Nichtigkeit des Testamentes bewirkt; vielmehr kann der Eingesetzte vermöge jener Erbeinsetzung schon pendente conditione secundum tabulas bonorum possessionem erlangen. Aber wenn die Bedingung nicht in Erfüllung geht (deficiente conditione), wodurch sonst die bonorum possessio des Eingesetzten als solche ausgeschlossen oder vereitelt wird, so kann derselbe nur als präterirter Notherbe contra tabulas bonorum possessionem agnosciren oder die bereits agnoscirte secundum tabulas b. p. mit den Wirkungen der b. p. contra tabulas behaupten, wenn nicht entweder die Bedingung eine potestative oder zugleich auf den Fall der Nichterfüllung derselben die Enterbung des eingesetzten Notherben angeordnet ist[26]).

Sollen nun noch die rechtlichen Folgen der Präterition näher bestimmt werden, so müssen wir vorerst das Civilrecht und das prätorische Recht unterscheiden.

Testamentes schadete, so durfte man sie auch unter einer zufälligen Bedingung einsetzen. Demnach hätte er Bd. 37, S. 215 sagen sollen: Da nach L. 4. C. cit. Töchter und Enkel nicht präterirt werden können, ohne daß dieß dem Rechtsbestande des Testamentes schadet, so darf man sie auch nicht mehr unter einer zufälligen Bedingung einsetzen, ohne sie in contrarium eventum zu enterben. Statt dessen will er hier das alte Recht des Haussohnes als eine Ausnahme von der Regel auch ferner nur auf diesen beschränken. Vgl. dagegen v. Vangerow a. a. O.

24) Nur der Enkel und der ceteri, qui ex lege Velleia instituti non rumpunt testamentum, wird darin ausdrücklich erwähnt. L. 6. §. 1. D. de hered. inst. Vgl. L. 1. §. 8. cit.

25) L. 22. 24. D. de lib. et post. (28. 2.) Cf. L. 3. §. 2. L. 13. D. de iniusto. (28. 3.) L. 6. §. 1. D. de hered. inst. (28. 5.) §. 2. J. de exhered. lib. (2. 13.) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 387 flg.

26) L. 3. §. 12. 13. D. de b. p. c. t. (37. 4.) L. 2. §. 1. L. 5. pr. D. de b. p. s. t. (37. 11.) L. 20. §. 4. D. de bon. lib. (38. 2.)

1) Nach Civilrecht hat die Präterition der sui heredes Nichtigkeit des Testamentes zur Folge; allein es ist dabei weiter zu unterscheiden zwischen der Präterition derjenigen Personen, welche schon zur Zeit der Testamentserrichtung als sui heredes des Erblassers vorhanden sind, und derjenigen, welche erst später in dieses Verhältniß eintreten.

a) Im ersten Falle, also z. B. wenn ein in jenem Zeitpunkte schon lebender in der Gewalt befindlicher Sohn, oder ebenso eine Tochter, oder ein Enkel, dessen Vater bereits verstorben oder sonst aus dem Suitätsverhältnisse zum Erblasser herausgetreten ist, weder giltig enterbt noch eingesetzt wird, so ist das Testament von Anfang an nichtig, nullius momenti, inutile; es ist civilrechtlich kein Testament, nullum testamentum [27]). Nach älterem Rechte hatte freilich nur des Sohnes Präterition diese Wirkung, aber nach Justinian's Verordnung gilt dasselbe, wenn eine Tochter oder ein Enkel übergangen ist [28]). Auch sollte nach der Ansicht der Proculianer das Testament nur dann nichtig sein, wenn der übergangene Sohn zur Zeit des Todes des Erblassers noch am Leben und noch suus heres desselben war, aber die strengere Ansicht der Sabinianischen Schule ist die herrschende geworden und auch im Justinianischen Rechte ausdrücklich anerkannt [29]). Ist nun das Testament nichtig, so folgt von selbst, daß beim Tode des Erblassers die civilrechtliche Intestaterbfolge eröffnet wird und vermöge derselben die übergangenen Kinder, sofern sie jetzt noch zu den sui heredes gehören, von selbst Erben werden, wenn nicht etwa ein anderes giltiges Testament vorliegt [30]). Hatte aber der Erblasser vorher ein giltiges Testament errichtet, so wird dieses durch jenes ungiltige nicht aufgehoben und die Erbfolge also, sofern es giltig bleibt, durch dasselbe bestimmt [31]). Ist jedoch ein Kind nicht schlechthin übergangen, sondern nur in Beziehung auf einen Grad der Erbeinsetzung nicht gehörig enterbt, noch auch zum Erben eingesetzt, so beschränkt sich auch die Nichtigkeit, nach der auch in diesem Punkte herrschend gewordenen Ansicht der Sabinianer, nur auf diesen Grad; es wird daher z. B. das erst im zweiten Grade eingesetzte (substituirte), im ersten Grade aber nicht enterbte Kind ex testamento erben, weil der ihm vorgehende Grad der Erbeinsetzung nicht gilt, und das nur im ersten Grade enterbte, in den folgenden aber übergangene Kind, wird ab intestato erben, wenn der zuerst eingesetzte Erbe aus irgend einem Grunde wegfällt, weil in diesem Falle die Substitutionen nichtig sind [32]).

---

27) L. 30. D. de lib. et post. (28. 2.) L. 1. D. de iniusto. (28. 3.)

28) L. 4. C. de lib. praet. (6. 28.) pr. §. 5. J. de exhered. lib. (2. 13.) Vgl. oben Note 16, 22.

29) Cai. II. 123. pr. J. l. c.

30) Pr. §. 2. 3. J. de hered. ab int. (3. 1.) Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 670.

31) L. 7. D. de lib. et post. (28. 3.) L. 2. D. de iniusto. (28. 3.)

32) L. 3. §. 6. L. 8. 14. §. 1. D. de lib. et post. (28. 2.) L. 75. D. de

b) Wenn dagegen erst nach Errichtung des Testamentes eine in demselben nicht giltig enterbte oder eingesetzte Person in die Stellung eines suus heres des Erblassers eintritt, so ist zwar das Testament von Anfang giltig, es wird aber durch jenen Umstand sofort ungiltig (rumpitur testamentum). Diese Wirkung tritt also ein, wenn dem Erblasser erst später ein suus heres geboren wird (postumus, qui agnascendo rumpit testamentum), deßgleichen wenn ein zur Zeit der Testamentserrichtung schon in des Erblassers Gewalt befindlicher Enkel oder Urenkel erst später (in parentis locum succedendo) die Stellung eines suus heres des Erblassers gewinnt, oder wenn Jemand, der in jenem Zeitpunkte noch nicht in der Gewalt des Erblassers stand, später erst auf irgend eine Weise, z. B. durch Adoption oder Legitimation, derselben unterworfen wird und so das Recht eines suus heres erlangt (quasi postumus, postumi loco, qui quasi agnascendo rumpit testamentum). In Ansehung der letzten ist selbst die im voraus geschehene Enterbung nicht in allen Fällen geeignet, der Ungiltigkeit des Testamentes vorzubeugen, während diese durch die übrigens gehörig beschaffene Einsetzung derselben jedenfalls abgewendet wird[33]. Sobald nun eine solche agnatio oder quasi agnatio sui heredis stattfindet, so verliert das Testament, worin dieser präterirt erscheint, civilrechtlich alle Kraft und wird auch nicht wieder giltig, wenn gleich der Präterirte zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr vorhanden ist; es muß also, wenn dieser nicht ein neues giltiges Testament errichtet hat, die Intestaterbfolge eröffnet werden[34], und wenn zur Zeit des Todes noch die Geburt eines Postumus, der nicht giltig enterbt oder eingesetzt ist, zu erwarten steht, so ist einstweilen noch unentschieden, ob die testamentarische oder gesetzliche Erbfolge eintreten werde[35]. Aber auch hier beschränkt sich die Wirkung der Präterition, wenn mehrere Grade der Erbeinsetzung gemacht sind, zunächst nur auf den Grad, in Ansehung dessen sich der Postumus präterirt findet. Wenn daher ein Postumus im ersten Grade enterbt, im zweiten übergangen ist, so wird durch dessen Geburt der letzte sofort nichtig, und die Substituten können civilrechtlich in keinem Falle mehr zur Erbschaft gelangen[36]. Wenn aber zur Zeit der Geburt des Postumus bereits einer von mehreren im ersten Grade eingesetzten Erben weggefallen und nun statt dessen ein im zweiten Grade eingesetzter Erbe

---

hered. inst. (28. 5.) L. 43. §. 2. D. de subst. (28. 6.) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 893 flg.

33) L. 8. 18. D. de iniusto. (28. 3.) L. 4—6. L. 23. §. 1. L. 28. §. 1. 3. D. de lib. et post. (28. 2.) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 889.

34) L. 3. §. 3. 4. D. de iniusto. (28. 3.) L. 2. 3. C. de post. hered. (6. 29.) §. 1. 2. 5. J. de exhered. lib. (2. 13.)

35) L. 84. D. de acquir. hered. (29. 2.) Cf. L. 16. D. de lib. et post. (28. 2.)

36) L. 8. D. de lib. et post. (28. 2.) (wo statt vivo patre zu lesen ist vivo primo). L. 3. §. 4. L. 5. D. de iniusto. (28. 3.)

als Substitut zur Miterbschaft mit den übrigen instituti des ersten Grades berufen ist, so wird sogar das ganze Testament, auch die Einsetzung der noch übrigen Erben des ersten Grades, zerstört, weil der Substitut nun in die erste Reihe der eingesetzten Erben vorgerückt und somit der Postumus nicht, wie erforderlich, von allen zunächst berufenen Testamentserben exheredirt ist, während dagegen, wenn ein Miterbe des ersten giltigen Grades erst nach der Geburt des Postumus wegfällt, nunmehr die übrigen instituti die ganze Erbschaft vermöge des Anwachsungsrechtes erlangen, welchem die durch die Geburt des Postumus bereits vernichtete Substitution nicht mehr im Wege steht[37]. Wenn ferner ein Postumus im ersten Grade übergangen, im zweiten aber enterbt ist, so wird durch dessen Geburt unmittelbar nur jener ungiltig; wenn aber dieser Grad der Erbeinsetzung bis dahin noch giltig geblieben war, so daß möglicher Weise die Erbschaft darnach deferirt werden konnte, so wird durch dessen Ruption mittelbar auch der zweite und jeder nachfolgende Grad, also wiederum das ganze Testament, zerstört, weil jener der Wirksamkeit der letzten noch im Wege stand und dessen Ruption nicht zu deren Gunsten, sondern zu Gunsten des Postumus eintreten soll; nur wenn zur Zeit der Geburt des Postumus der erste Grad ohnehin schon ungiltig geworden war, z. B. durch den Tod der eingesetzten Erben oder durch Deficienz der Bedingung der Erbeinsetzung, also nicht mehr rumpirt werden kann, bleibt der nächstfolgende an sich giltige Grad der Erbeinsetzung wirksam[38].

2) Nach prätorischem Rechte hat die Präterition der Notherben niemals die Nichtigkeit des Testamentes, welches an solchem Mangel leidet, zur Folge. Vielmehr bleibt es immer möglich, daß die darin eingesetzten Erben secundum tabulas bonorum possessionem erlangen, selbst dann, wenn ein suus heres präterirt und deßhalb civilrechtlich das Testament, beziehungsweise ein Grad der Erbeinsetzung völlig nichtig ist, vorausgesetzt nur, daß die sonstigen Erfordernisse eines prätorisch giltigen Testamentes vorhanden sind. Aber diese bonorum possessio secundum tabulas muß zurückstehen gegen die bonorum possessio contra tabulas, welche von den präterirten Notherben innerhalb der gewöhnlichen Agnitionsfrist erlangt werden kann, an welcher jedoch auch diejenigen eingesetzten Erben (nicht auch die gehörig enterbten) Theil

---

37) L. 14. pr. D. de lib. et post. L. 19. D. de iniusto. Daher müssen, so lange noch eine agnatio postumi, die den zweiten Grad rumpiren würde, zu erwarten steht, die im ersten Grade eingesetzten Erben gemeinschaftlich antreten, weil sonst in Folge der Ablehnung des einen Miterben noch der ganze Grad rumpirt werden könnte. L. 19. §. 2. cit. Sind die Erben des ersten Grades einander gegenseitig substituirt, ohne Hinzufügung eines anderen nicht instituirten Erben, so bedarf es in Betreff der Substitution nicht einer besonderen Exheredation, um jene Gefahr der Ruption auszuschließen. L. 19. §. 1. cit.

38) L. 5. L. 14. pr. cit. Vgl. überhaupt Francke a. a. O. S. 77—85. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 439—454.

nehmen können, welche, wenn sie übergangen wären, ebenfalls dazu berechtigt wären, und zudem auch das eingesetzte zur Zeit noch in fremder Familie befindliche Kind des Erblassers, welchem sonst im Falle der Präterition das Recht dazu nicht zustehen würde. Die Wirkung dieser bonorum possessio aber besteht darin, daß nun die eingesetzten Erben, wenn gleich civilrechtlich das Testament giltig wäre, in der That von der Erbfolge verdrängt werden, indem die Agnoscenten der bonorum possessio contra tabulas in demselben Verhältnisse, wie diejenigen, welche ab intestato ex edicto unde liberi bonorum possessionem erlangt haben [39]), die Erbschaft iure praetorio behaupten [40]). Auch werden die Vermächtnisse, welche das Testament enthält, der Regel nach vereitelt. Jedoch werden Vermächtnisse an Descendenten oder Ascendenten des Erblassers und ebenso auch Erbeinsetzungen zu Gunsten derselben, so weit sie nicht das Maß eines Kopftheiles der Erbschaft überschreiten, ferner das der eigenen oder des Sohnes oder Enkels Frau für ihre dos hinterlassene Vermächtniß aufrecht erhalten, sofern diese Verfügungen nicht ohnehin schon ohne die Einwirkung der b. p. c. t. hinfällig sein würden [41]), und der Wirksamkeit anderer im Testamente enthaltener Verfügungen, welche nicht die Erbschaft des Testators schmälern, namentlich einer Pupillarsubstitution oder Vormundsernennung, steht die bonorum possessio contra tabulas nicht im Wege [42]). Da übrigens dieser Gegenstand bereits in einem anderen Artikel abgehandelt ist [43]), so brauchen wir hier nicht näher darauf einzugehen.

Aus dem Bisherigen ergibt sich von selbst, wie bedeutend der Unterschied zwischen dem civilrechtlichen und prätorischen (formellen) Notherbenrecht war, nicht nur in Ansehung der Personen, die es betraf, sondern auch in Ansehung der Wirkungen, welche deren Präterition nach sich zog. Und dieser Unterschied besteht auch nach dem Rechte der Pandekten und des Codex noch in seiner ganzen Bedeutung, abgesehen davon, daß der Unterschied zwischen einem Civilerben und bloßen bonorum possessor überhaupt durch die Aufhebung des nudum ius Quiritium und die Verwandlung des sogen. bonitarischen Eigenthums in vollkom-

39) Bd. V, S. 670.

40) Vgl. oben Note 8.

41) Dig. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. (37. 5.)

42) L. 5. pr. D. l. c. L. 34. §. 2. D. de subst. (28. 6.) Von der Vormundsernennung wird es nicht ausdrücklich gesagt, ist aber dennoch unbedenklich anzunehmen. Foerster l. c. p. 398. — Die testamentarische Freilassung von Sclaven des Erblassers sollte nicht bestehen bleiben; aber freilich konnte die durch civilrechtlich giltige Antretung des Testamentserben einmal erlangte Freiheit nicht wieder genommen werden, daher nach Umständen wegen übereilter Antretung gegen jenen actio doli stattfinden konnte. L. 8. §. 2. L. 23. D. de legat. praest.

43) Bd. II, S. 316—323.

menes an Bedeutung verloren hatte. Zwar haben Manche geglaubt, auch jener Unterschied zwischen dem prätorischen und Civilrechte sei bereits durch Justinian's L. 4. C. de lib. praet. beseitigt worden, so daß nun die Präterition der emancipirten Kinder ebenso wie die der sui heredes das Testament nichtig mache und in Folge dessen die gewöhnliche Intestaterbfolge eintreten könne[44]; und zu dieser Meinung hat selbst der Mitarbeiter des Codex, Theophilus, Veranlassung gegeben[45]; aber sie ist gleichwohl offenbar falsch; es widerspricht ihr sowohl der klare Inhalt jener Verordnung[46], als auch der Umstand, daß, ungeachtet diese schon im Jahre 531 erlassen war, dennoch in den im J. 533 publicirten Pandekten und in dem Codex repetitae praelectionis die bonorum possessio contra tabulas mit allen ihren Eigenthümlichkeiten noch als practisches Institut erscheint; sie wird daher auch von den Meisten mit Recht verworfen[47].

Das Nebeneinanderbestehen jenes Doppelrechtes, des civilen und prätorischen, verursacht nun aber mannigfaltige Verwickelungen, welche die Anwendung des in den Pandekten niedergelegten Rechtes, zumal den Richtern in Justinian's Zeit, zum Theil sehr schwierig machen mußten. Die b. p. c. t. kann vorerst mit einer civilrechtlichen testamentarischen Erbfolge aus demselben Testamente, gegen welches sie stattfindet, in Collision kommen, wenn sie nur wegen Präterition eines emancipirten Kindes begründet, civilrechtlich also das Testament giltig ist, und die

---

44) Vgl. die Citate bei Glück a. a. O. Bd. 7, S. 298, und Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 101.

45) Ad §. 5. J. de exhered. lib. (nach Reitz): Simplex ac simile ius introduxit in filiis et filiabus atque omnibus ex virili sexu descendentibus — — neque solum in potestate constitutis sed et emancipatis. — — Praeteriti enim itidem infirmant ex ipsa scriptura testamentum (ὡσαύτως ἀκυροῦσιν ἐξ αὐτῆς τῆς γραφῆς τὴν διαθήκην), sive sui sint sive emancipati.

46) Sancimus — — — eas honorari (sc. feminas) — — et contra tabulas bonorum possessionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur. Daran, daß hier der letzte Gegensatz vel — vel in verkehrter Ordnung steht, verglichen mit emancipati vel sui, darf man in einer Justinianischen Constitution ebensowenig Anstoß nehmen, als daß vorher vom Plural (feminae) auf einmal in den Singular (ipsa) übergesprungen wird, und also nicht daraus schließen, daß nun auch der emancipatus ipso iure das Testament umstoße. Vgl. §. 5. J. cit.: ut omnes sive sui sive emancipati sint vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda (sc. ipso iure) et hereditatem auferendam (sc. per contra tabulas bonorum possessionem), quem filii sui vel emancipati habent.

47) Vgl. Glück und Mühlenbruch a. a. O. Bluntschli a. a. O. S. 116. Francke a. a. O. S. 163 flg. v. Vangerow a. a. O. II. S. 221.

eingesetzten Erben die Erbschaft auch nach Civilrecht wirklich erwerben. In solchem Falle wird regelmäßig das Recht der letzten durch das interdictum quorum bonorum, durch utiles actiones und exceptiones oder actionum denegatio völlig vereitelt, und sie können denn auch ihrerseits gegen die Klagen der Erbschaftsgläubiger sich schützen, selbst wenn die Agnition der b. p. noch nicht erfolgt, aber noch zu erwarten ist[48]). Ist aber der eingesetzte Erbe ein Descendent, welcher selbst contra tabulas bonorum possessionem agnosciren könnte, so kann er diese verschmähend auch blos sein civilrechtliches Erbrecht gegen die bonorum possessores geltend machen, jedoch, wenn es mehr umfaßt, mit Beschränkung auf denjenigen Theil des Vermögens, welcher ihm durch die Theilnahme an der b. p. c. t. zufallen würde[49]). Und ebenso können auch andere Descendenten und Ascendenten ihr Civilerbrecht in demselben Maße wirksam behaupten, in welchem die Verfügungen zu deren Gunsten trotz der b. p. c. t. aufrecht erhalten werden sollen[50]), wenn sie auch des civilrechtlichen Erwerbes der Erbschaft nicht bedürfen, um diesen ihren Anspruch geltend zu machen[51]).

---

48) L. 13. pr. D. de b. p. c. t. (37. 4.) L. 2. D. de except. rei iud. (44. 2.) L. 15. D. de o. et a. (44. 7.)

49) L. 14. pr. D. de b. p. c. t. (37. 4.) L. 15. §. 1. 2. D. de legat. praest. (37. 5.) L. 10. D. de collat. (37. 6.) Cf. L. 22. D. ibid. und darüber Bluntschli a. a. O. S. 99 flg. Der Eingesetzte muß sich mit seinem Civilerbrechte begnügen, sobald er einmal die Erbschaft angetreten oder als suus sich eingemischt hat, L. 14. pr. cit., und wenn er die Frist zur Agnition der b. p. c. t. versäumt oder diese ausgeschlagen hat, L. 2. pr. D. de b. p. s. t. (37. 11.) L. 1. §. 10. D. de succ. ed. (38. 9.) L. 3. §. 9. L. 4. D. de b. p. (37. 1.), weil er in beiden Fällen von der b. p. c. t. ausgeschlossen ist. Jedoch wird der noch in fremder Familie befindliche Descendent, auch nachdem er angetreten, noch zur b. p. c. t. zugelassen. L. 10. §. 1—3. D. de b. p. c. t. (37. 4.)

50) L. 5. §. 6. 7. L. 7. L. 8. §. 1. D. de legat. praest. (37. 5.) — L. 5. §. 7. cit. sagt: ut in minorem (quam virilem portionem) eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sunt. Es ist kein Grund zu bezweifeln, daß diese actiones, falls die Eingesetzten als Civilerben angetreten haben, die civilrechtlichen hereditariae actiones sind, die insoweit trotz der b. p. c. t. wirksam bleiben, wie auch in Ansehung der Freilassungen die civilrechtliche Wirkung der Antretung bestehen blieb (s. Note 42). Vgl. Förster a. a. O. S. 413, gegen welchen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 33 flg. in Ansehung dieses Punktes ganz ungegründete Einwendungen vorbringt.

51) L. 8. §. 2. D. de legat. praest. Diese Stelle erwähnt jedoch eines Versprechens von Seiten des bonorum possessor c. t., dem eingesetzten Erben die Virilportion zu gewähren, um ihn dadurch von nachtheiliger Antretung der Erbschaft abzuhalten (vgl. Note 42). Darnach könnte man glauben, daß dieser sich auf solche Weise seinen Anspruch sichern müsse, wenn er nicht antritt, während man gewöhnlich annimmt, daß die Erbeinsetzung usque ad virilem portionem ohne weiteres tuitione praetoria aufrecht erhalten werde, und nur darüber streitet, ob dieß iure fidecommissi oder durch eine mit der b. p. c. t. concurrirende s. t. b. p. geschehe (vgl. Förster und Mühlenbruch a. a. O.), wobei man aber übersieht, daß die Agnition einer solchen b. p. secundum tabulas zugleich die Antretung der testamentarischen Erbschaft in sich schließen würde. L. 12.

Aber auch mit der civilrechtlichen Erbfolge aus einem anderen Testamente kann die b. p. c. t. in Collision kommen, wenn nämlich ein älteres giltiges Testament vorliegt, und ein späteres, das wegen Präterition eines suus heres ungiltig ist und daher das erste civilrechtlich nicht rumpirt hat. Insofern hier die im letzten Testamente eingesetzten Erben, abgesehen von der ihnen im Wege stehenden c. t. b. p. durch secundum tabulas b. p. die Erbschaft erlangen und behaupten könnten, kann auch zunächst contra tabulas b. p. wirksam eintreten, während die im älteren Testamente eingesetzten Erben iure civili antreten können [52]), wobei es aber freilich sehr streitig ist, inwiefern jenes möglich sei. Wichtiger sind die Fälle der Collision mit civilrechtlicher Intestaterbfolge. Eine solche kann eintreten, wenn die eingesetzten Erben nach dem Tode des Erblassers vor Antretung der Erbschaft wegfallen [53]) oder dieselbe ausschlagen, was sie, wissend, daß ihnen b. p. c. t. entgegensteht, leicht thun werden. Hier ist nun die b. p. regelmäßig gegenüber dem Rechte der Intestaterben nicht minder wirksam, als gegenüber dem Rechte der Testamentserben, durch deren Wegfallen jenem erst Platz gemacht wurde. Dieß leidet aber eine Ausnahme, wenn der Intestaterbe ein enterbter suus ist, während ein präterirter emancipatus die b. p. c. t. erlangt; hier soll jener, der nach Civilrecht allein Erbe wäre, nicht in Folge der durch ein jetzt ungiltiges Testament verhängten Enterbung von der Erbschaft völlig verdrängt werden, sondern wie ab intestato mit dem Emancipirten theilen, woraus sich denn freilich die sonderbare Folge ergibt, daß die eingesetzten Erben es in ihrer Gewalt haben, dem letzten die ganze Erbschaft zuzuwenden, durch Antretung, oder ihn auf die Hälfte zu beschränken, indem sie durch Ablehnung die Concurrenz des enterbten suus herbeiführen [54]). Ist der suus selbst eingesetzt, so wird er civilrechtlich von selbst Erbe ex testamento, wenn er nur den Erbfall erlebt, und schließt also dadurch die civile Intestaterbfolge aus. Ist aber ein suus übergangen, so muß

C. de iure delib. (6. 30.) Am einfachsten möchte sich die Sache folgendermaßen erledigen: Der eingesetzte Descendent oder Ascendent kann entweder antreten; alsdann portio hereditatis (sc. iure civili adquisita) usque ad virilem ei conservatur; oder er verlangt von dem bonorum possessor c. t., daß er ihm den entsprechenden Vermögensbetrag auszahle oder zu zahlen verspreche, widrigenfalls er den ersten Weg einschlagen werde. Vgl. übrigens noch Uhrig, Wirkung der b. p. c. t. (Würzburg 1844), S. 60—65.

52) L. 12. §. 1. D. de b. p. c. t. (37. 4.)

53) Sind die eingesetzten Erben sämmtlich schon vor dem Tode des Erblassers weggefallen, so findet die b. p. c. t. gar nicht statt. L. 19. D. de b. p. c. t. (37. 4.) Cf. L. 7. §. 6. D. de Carb. ad. (37. 10.)

54) L. 20. D. de b. p. c. t. Vgl. darüber Bluntschli a. a. O. S. 106. Aehnlich wird der umgekehrte Fall behandelt, wenn ein Emancipirter enterbt, ein suus übergangen ist. L. 1. §. 9. D. si tab. test. nullae. (38. 6.) Cf. L. 32. D. de lib. et post. (28. 2.), und vgl. über beide Stellen Fabricius, Ursprung und Entw. der b. p. S. 211—226. Löhr, Magazin IV. S. 434.

diese allemal eintreten, wenn nicht ein giltiges älteres Testament vorliegt, und hier tritt denn auch wieder eine Collision derselben mit der b. p. c. t. ein, wenn andere Personen vorhanden sind, welche diese agnosciren. Der übergangene suus kann selbst die b. p. c. t. erlangen; aber er kann auch hier mit seinem civilen Erbrechte sich begnügen, und kraft desselben die bonorum possessores in demselben Maße beschränken, wie es der Fall sein würde, wenn er an der b. p. c. t. Theil nähme[55]); für ihn ist daher die Agnition der b. p. c. t. nicht nothwendig, während der übergangene Emancipirte, wenn er sie versäumt, nicht mehr zur Erbschaft kommen kann, sobald von anderen contra oder secundum tabulas b. p. agnoscirt ist[56]). Sind dagegen die civilrechtlichen Intestaterben andere Personen, vor welchen der bonorum possessor contra tabulas auch vermöge der intestati bonorum possessio den Vorzug behaupten würde, so wird deren Erbrecht ebenfalls ganz vereitelt.

Wenn aber endlich die b. p. c. t. von keinem der Berechtigten ergriffen wird, so steht den Eingesetzten nichts im Wege, secundum tabulas b. p. zu erlangen, obgleich sie, wenn das Testament civilrechtlich giltig ist, auch blos mit ihrem Civilerbrechte sich begnügen mögen. Dabei ist aber sehr streitig, inwiefern diese b. p. cum re sei, wenn das Testament wegen Präterition eines suus civilrechtlich ungiltig ist? Erlebt der suus selbst den Erbfall und tritt daher civilrechtlich als nächster Intestaterbe ein, so ist kein Zweifel, daß er jene b. p. unwirksam mache, welche er durch Agnition der b. p. c. t. gänzlich hätte ausschließen können; er kann sein civiles Intestaterbrecht ebensowohl gegen den b. p. s. t., wie pro parte gegen den b. p. c. t. behaupten. Wenn er aber der Erbschaft sich enthält, vermöge des prätorischen beneficium abstinendi, so wird die b. p. der eingesetzten Erben vollkommen wirksam, weil jener civilrechtlich dennoch immer Erbe bleibt, also kein anderer Civilerbe eintritt, welcher dieselbe anfechten könnte[57]). Wie aber, wenn der

---

55) Arg. L. 10. D. de collat. (37. 6.) L. 1. §. 9. L. 32. citt. Ulp. XXVIII. 13.

56) Geschieht dieses nicht, so kann allerdings der Emancipirte noch ab intestato bonorum possessionem erlangen, ex edicto unde liberi, L. 1. §. 2. 5. D. si tab. test. (38. 6.) L. 1. §. 1. D. quis ordo. (38. 15.); aber diese b. p. ist sine re, wenn die Eingesetzten civilrechtlich ex testamento erben. L. 2. D. si tab. test. (38. 6.) Ohne Grund nimmt Bluntschli a. a. O. S. 65 an, daß der Emancipatus, der die b. p. c. t. verschmäht oder versäumt hat, von der b. p. ex edicto unde liberi schlechthin ausgeschlossen sei; L. 2. cit. will nur sagen, daß der Prätor ihn nicht schütze adversus scriptos heredes, was ganz consequent ist, da diese jede wirksame Intestaterbfolge ausschließen und durch Benutzung der s. t. b. p. auch die intestati b. p. völlig ausschließen konnten.

57) L. 2. C. unde liberi. (6. 14.) L. 30. §. 10. D. de fid. libert. (40. 5.) — So nehmen daher auch die Meisten an. Vgl. Francke a. a. O. S. 108 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 325 flg. v. Vangerow, Pand. II. §. 473. Manche wollen dieß jedoch mit Cujac. ad leg. 17. D. de iniusto test.

übergangene suus vor dem Tode des Erblassers wegfällt, und nun, da das Testament civilrechtlich ungiltig bleibt, andere Personen als Intestaterben eintreten? Ist diesen gegenüber die b. p. der eingesetzten Erben wirksam (cum re) oder nicht (sine re)? Für den Fall, daß ein Postumus das Testament rumpirt hat, dann aber doch nicht selbst erbt, wird diese Frage bejahend entschieden, mit Bezugnahme auf ein Rescript Hadrian's [58]), jedoch mit der Beschränkung, daß, wenn andere sui ab intestato erben, das Intestaterbrecht ungeschmälert aufrecht erhalten wird, wenn sie nicht den Willen des Erblassers anerkannt haben [59]). Sehr streitig aber ist es, ob dasselbe auch dann gelte, wenn das Testament wegen Präterition eines suus von Anfang an nichtig war, dieser aber noch vor dem Tode des Erblassers weggefallen ist? Die Meisten sind der Meinung, daß hier die s. t. b. p. sine re sei [60]), und neuer-

---

(opp. Vol. I. p. 1086. Vol. IV. p. 1034.) auf den Fall beschränken, wenn die Eingesetzten zugleich die nächsten Intestaterben sind, indem sonst vielmehr den letzten die Erbschaft zufallen solle. Aber als heredes können diese die Erbschaft nicht erhalten, da der suus heres bleibt, und daß die secundum tabulas b. p. wegen der civilrechtlichen Ungiltigkeit des Testamentes schlechthin nichtig sei, daher also noch intestati b. p. erlangt werden könne, ist nicht zu erweisen, vgl. Mühlenbruch a. a. O., Mayer, Erbr. I. S. 143; vielmehr bestreitet das letzte sogar, obgleich er das erste behauptet, Leist, hist. bon. possessionis sec. tab. (Götting. 1841.) p. 45—48). Dieser nimmt an, daß die Abstinenz nothwendig den Verkauf des Vermögens zur Folge habe, womit eine wirksame b. p. nicht bestehen könne (S. 47); aber es ist ja gewiß, daß der Substitut oder nächste Intestaterbe an die Stelle des Abstinirenden treten und den Verkauf ausschließen kann. L. 44. D. de re iud. (42. 1.) L. 6. §. 2. D. de bon. libert. (38. 2.) Vgl. übrigens noch dieses Werk Bd. I, S. 865—868, mit Bd. IV, S. 23, Note 167.

58) L. 12. pr. D. de iniusto test. (28. 3.)

59) L. 13. D. de doli mali except. (44. 4.) Liberis exheredatis, qui nihil ex patris iudicio meruerunt, rupto testamento ius suum conservandum est; nec opponetur doli mali exceptio: quod non solum in persona eorum sed in heredibus (et) in persona liberorum quoque obtinendum est. Vgl. Cuiac. in quaest. Paulli ad h. l. (opp. V. p. 1106.), Fabricius a. a. O. S. 112, mit Huschke, in Richter's krit. Jahrb. III. S. 20 flg., welcher vorschlägt zu lesen: quod non solum in persona suorum, sed iis heredibus in persona liberorum quoque obtinendum est. v. Vangerow, Pand. II. §. 473. Vgl. auch Löhr a. a. O. S. 458. Ganz anders wird diese Stelle erklärt von Leist a. a. O. S. 62, welcher liberis exheredatis für den absoluten Ablativ und rupto testamento für den Dativ nimmt, also ius suum auf das Testament bezieht, und unter der doli exceptio, die nicht stattfinden soll, sich eine Einrede der Civilerben gegen den s. t. bonorum possessor denkt, nicht umgekehrt eine Einrede des letzten gegen jene; alles, wie mir scheint, gezwungen. — Uebrigens muß die Beschränkung auch gelten, wenn nicht enterbte, sondern übergangene oder eingesetzte sui erben, obwohl diese auch contra oder secundum tabulas b. p. erlangen könnten. Vgl. Note 49 flg.

60) Vgl. Francke a. a. O. S. 115 und die daselbst angeführten Schriften. Mühlenbruch a. a. O. S. 310 flg. v. Vangerow a. a. O. Fabricius a. a. O. S. 136 flg. Heumann, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. XVII. S. 172 flg.

dings wird sogar behauptet, daß dieselbe schlechthin nichtig und als nicht ertheilt anzusehen sei[61]). Nur dann halten die Meisten die b. p. für wirksam, wenn die Eingesetzten selbst zugleich die nächsten Intestaterben sind, in welchem Falle freilich Niemand vorhanden ist, der ihre b. p. anfechten und unwirksam machen könnte[62]), und nach einer Meinung soll auch dann eine Ausnahme von der Regel stattfinden, wenn der Erblasser das ungiltige Testament nach dem Wegfalle des übergangenen suus noch bestätigt hat[63]). Aber einen befriedigenden Grund, warum das wegen Präterition eines schon vorhandenen suus von Anfang an ungiltige Testament weniger wirksam sein sollte, als das durch Geburt eines präterirten Postumus vernichtete, weiß man nicht anzuführen. Denn das Testament, das im civilrechtlichen Sinne nicht mehr existirt, ist nicht besser als dasjenige, das im selben Sinne eigentlich nie existirt hat, und die Anwendung der Billigkeit liegt in diesem wie in jenem Falle gleich nahe, da in beiden Fällen von einem eigentlich blos formellen Fehler die Rede ist, welchen der Erblasser in beiden Fällen ebensowohl, weil er der wirklichen oder möglichen Existenz eines suus unkundig ist oder nicht gedenkt, als aus Rechtsunwissenheit begangen haben kann. Sogar scheint es, daß im letzten Falle die Billigkeit noch näher gelegen habe, wenn man bedenkt, daß die Schule der Proculianer das Testament, worin der suus präterirt war, nicht sofort für nichtig erklärte, sondern nur dann, wenn dieser den Erblasser überlebte, der letzte also um so eher sich beruhigen konnte, wenn jener noch vor ihm starb, während uns nicht bekannt ist, daß ein gleicher Meinungsstreit auch in Ansehung der civilrechtlichen Wirkung der Ruption des Testamentes durch Geburt eines Postumus stattgefunden habe. Da nun auch kein bestimmter Ausspruch der Quellen dagegen ist[64]), so

---

61) Leist a. a. O. S. 49—51. Vgl. dessen bonorum possessio I. S. 187.

62) Arg. L. 12. pr. in f. D. de iniusto test. (28. 3.) Anders erklärt diese Stelle Leist a. a. O. S. 53—58.

63) Arg. L. 11. §. 2. D. de b. p. s. t. (37. 11.) Francke a. a. O. S. 120. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 324 flg.

64) Nicht dagegen ist das pr. J. de exhered. lib. (2. 13.); denn dieses spricht augenscheinlich nur von der civilrechtlichen Ungiltigkeit (inutiliter testabitur, adeo quidem ut — — nemo heres ex eo existere possit). Ebenso sagt §. 1. ibid. unbedingt: testamentum — — agnatione postumi rumpitur et ea ratione totum infirmatur; vgl. §. 1. J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.), und doch wissen wir gewiß, obgleich die Institutionen nichts davon sagen, daß in diesem Falle das Testament nicht per omnia inutile ist. Ebensowenig steht entgegen L. 7. D. de iniusto test. (28. 3.), weil auch diese Stelle nur den civilrechtlichen Grundsatz ausspricht, wobei wohl zu beachten ist, daß durch die Möglichkeit der s. t. b. p. nach dem späteren civilrechtlich ungiltigen Testament keineswegs das Civilerbrecht der im früheren Testamente eingesetzten Erben ausgeschlossen wird, vielmehr noch mit voller Wirksamkeit eintreten kann, wenn jene nicht in rechter Zeit agnoscirt ist, daher es falsch wäre zu sagen: rumpi superius testamentum. Nur L. 12. pr. cit. in f. kann Bedenken erregen, weil sie arg. a contrario regelmäßig, nämlich einen Fall ausgenommen, eine wirksame s. t. b. p. auszu-

wird wohl mit Recht von Vielen angenommen, daß in dem fraglichen Falle nicht minder, wie in dem ersten, eine wirksame s. t. b. p. stattfinden könne[65]).

B. Ansprüche auf einen bestimmten Theil des Erbvermögens, materielles Notherbenrecht.

Ein Anspruch auf einen gewissen Theil des Nachlasses wurde 1) nach älterem Civilrechte den nächsten Verwandten, 2) nach prätorischem Rechte dem Ascendenten, von welchem der Erblasser emancipirt worden, 3) nach einer Constitution von Pius Antoninus dem während der Unmündigkeit Arrogirten, 4) nach einer Verordnung Justinian's der dürftigen Wittwe des Erblassers beigelegt. Die drei letzten Fälle sind in diesem Werke schon an anderen Orten besprochen worden (Bd. I, S. 157, Bd. II, S. 341—343, Bd. V, S. 697—699).

Was aber die Ansprüche der nächsten Verwandten betrifft, so war es wenigstens schon zu Cicero's Zeit herrschende Ansicht, daß es verwerflich sei, wenn man ein Testament errichte, die nächsten Anverwandten gar nicht zu bedenken, dieselben ausdrücklich oder stillschweigend von jedem Antheile an dem Nachlasse auszuschließen[66]). Von dieser Ansicht ausgehend gestattete man solchen Personen, wenn ihnen der Erblasser nichts oder nur einen ungebührlich geringen Theil seines Vermögens hinterlassen hatte, beim Contumacialgerichte Beschwerde anzubringen (querela inofficiosi testamenti), und dieses erklärte nach Befinden der Umstände das Testament als ein pflichtwidriges oder liebloses (inofficiosum) für ungiltig, hoc colore, „quasi non sanae mentis" fuisset, qui „recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis"[67]). So entwickelte sich allmälig ein ziemlich genau bestimmtes Pflichttheilsrecht gewisser Personen, ohne daß sich genau angeben läßt, wann und wie? vorzüglich ohne Zweifel durch die von den Juristen geleitete und beherrschte Praxis; daß es ursprünglich auf einer Lex Glitia beruhe, ist eine bloße Vermuthung, die man längst als unbegründet abgewiesen

---

schließen scheint. Aber abgesehen davon, daß es noch zweifelhaft ist, ob hier unter iniustum testamentum ein wegen Präterition ungiltiges Testament zu verstehen sei, und daß die Stelle noch auf verschiedene Art erklärt werden kann (vgl. Leist a. a. O.), so verliert das arg. a contrario deßhalb an Gewicht, weil es in Ansehung des zugleich genannten testamentum irritum ein entschieden falsches Resultat ergibt. §. 6. J. de exhered. lib. (2. 13.) vgl. mit Cai. II. 147—151. L. 11. §. 2. D. de b. p. s. t. (37. 11.) L. 8. §. 3. D. de iure cod. (29. 7.) Vgl. vorzüglich Löhr, Mag. IV. S. 457—467.

65) Vgl. Löhr a. a. O. und Bd. III, S. 311. Foerster l. c. p. 140. 388. Bluntschli a. a. O. S. 114. Schunk's Jahrb. XIX. S. 237 flg. Puchta, Pand. §. 487, Note b. Göschen, Vorles. III. 2. S. 516.

66) Cic. in Verr. I. c. 42. Cf. Valer. Max. VII. c. 7. 8. Quinctil. inst. orat. V. 2. VII. 4. Plin. epist. V. 1. VII. 33.

67) L. 2. 5. D. inofficioso test. (5. 2.)

hat[68]). Was die Justinianischen Rechtsbücher[69]), abgesehen von Nov. 115, darüber bestimmen, ist im wesentlichen Folgendes:

a) Die berechtigten Personen sind vor allen Kinder und Eltern, Descendenten und Ascendenten des Erblassers, sie mögen blos Cognaten oder Agnaten sein, wenn sie nur überhaupt, es sei nach civilem oder nach prätorischem Rechte, ab intestato erben können[70]), außerdem auch Geschwister, diese jedoch nur unter besonderen Beschränkungen und mit Ausschluß der Halbbürtigen von der Mutterseite (uterini)[71]); andere Seitenverwandte haben keinen solchen Anspruch[72]).

b) Eine Beschwerde gegen den letzten Willen des Erblassers können diese Personen nur dann mit Erfolg erheben, wenn nicht deren Ausschließung von der Erbschaft durch einen besonderen Grund gerechtfertigt wird[73]). Was aber als genügender Grund der Ausschließung gelten könne, ist nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Beurtheilung des Richters im einzelnen Falle überlassen[74]). Auch gibt selbst die ausdrückliche Enterbung, wenn sie nicht aus unfreundlicher Gesinnung gegen den Enterbten (non notae causa), sondern in der Absicht, für dessen Wohl zu sorgen (bona mente), angeordnet ist, keinen Anlaß zur Beschwerde[75]).

c) Unstatthaft ist die Beschwerde gegen ein Pupillartestament[76]), gegen ein Soldatentestament, so lange es als solches giltig ist[77]), und gegen das Testament eines filiusfamilias über sein castrense oder doch wenigstens über sein quasi castrense peculium[78]).

---

68) Sie ist nur veranlaßt durch die sehr verdächtige Ueberschrift der L. 4. D. l. c.: Caius libro singulari ad legem Glitiam. Cuiac. obs. II. 21. XIV. 14. Vgl. dagegen Glück a. a. O. Bd. 7, S. 363 flg. Bluntschli a. a. O. S. 127—141.

69) Inst. de inofficioso testamento. (2. 18.) Dig. 5. 2. Cod. 3. 28. Cf. Cod. Theod. 2. 19. Cod. Gregor. 2. 6. (in Hänel's Ausg.). Paulli sentt. V. 5.

70) L. 1. 5. 15. pr. L. 29. §. 1. 3. L. 30. pr. D. h. t. §. 1. 2. J. h. t.

71) L. 27. C. h. t. Cf. L. 1. 3. Theod. C. h. t. L. 24. D. h. t.

72) L. 1. D. h. t. Cognati enim (proprii) qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinere spem non haberent. Es geht hieraus hervor, daß diese Schranke nicht durch ein Gesetz genau festgestellt war. L. 21. C. h. t.

73) L. 5. D. h. t. L. 132. pr. D. de V. O. (45. 1.) L. 7. pr. D. de bon. damnat. (48. 20.) pr. J. h. t.

74) Cf. L. 3. §. 5. D. de b. p. c. t. (37. 4.) L. 11. 18—20. 23. C. h. t.

75) L. 18. D. de lib. et post. (28. 2.) L. 16. §. 2. D. de curat. furiosi. (27. 10.) L. 25. C. h. t.

76) L. 8. §. 5. D. h. t.

77) L. 8. §. 3. 4. L. 27. §. 2. D. h. t. L. 9. 24. C. h. t.

78) L. 37. C. h. t. Ob dieses auch von dem castrense peculium gelte, ist streitig; dagegen Francke a. a. O. S. 447—450; dafür Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 190—215, mit überwiegenden Gründen.

d) Die Beschwerde findet nur dann statt, wenn einer berechtigten Person nicht der gebührende Theil des Nachlasses (portio legitima, debita, Pflichttheil) hinterlassen ist. Wie viel dazu gehöre, das war anfangs wohl auch der Beurtheilung des Gerichtes im einzelnen Falle anheimgestellt, zur Zeit der classischen Juristen aber war, vermuthlich nach dem Vorbilde des falcidischen Gesetzes über das höchste Maß der Vermächtnisse[79]), allgemein angenommen, daß dem Pflichttheilsberechtigten mindestens ein Viertheil desjenigen Vermögensbetrages, welcher ihm durch die Intestaterbfolge zukommen würde, hinterlassen werden müsse[80]); erst durch eine Novelle Justinian's ist der Pflichttheil nach Verschiedenheit der Umstände auf ein Dritttheil oder die Hälfte dieses Vermögensbetrages erhöht worden[81]). Uebrigens kann der Pflichttheil sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung hinterlassen werden[82]), und selbst noch gewisse Zuwendungen anderer Art, welche der Berechtigte bei Lebzeiten des Erblassers empfangen, werden darin eingerechnet[83]).

e) Das eigenthümliche Rechtsmittel nun, durch welches der Pflichttheilsberechtigte seine Ansprüche gegen das Testament, das sie nicht berücksichtigt, geltend machen kann, ist die querela inofficiosi testamenti. Diese ist zunächst, wie die Benennung andeutet[84]), nichts anderes als eine Beschwerde über die Lieblosigkeit des Testators, verbunden mit dem Antrage darauf, daß durch richterliches Urtheil das Testament seiner Pflichtwidrigkeit wegen für ungiltig erklärt (rescindirt) und dadurch dem Intestaterbrechte des Verletzten Platz gemacht werde. Die Gegenpartei, gegen welche diese Beschwerde durchzuführen, ist regelmäßig der eingesetzte Erbe, nachdem er die Erbschaft dem Testamente gemäß angetreten oder ohne Antretung erworben hat[85]), und zwar ist demselben, eben weil die Beschwerde nur, wenn die Erbschaft nach dem Testamente erworben wird, statthaft ist, durch eine Verordnung Justinian's eine Frist von sechs Monaten oder von einem Jahre, je nachdem er und der Pflichttheilsberechtigte in derselben Provinz oder in verschiedenen ihren Aufenthalt haben, zur Erklärung darüber, ob er antrete oder ablehne, vorgeschrieben, nach deren Ablauf er auf Antrag des Berechtigten durch den Richter sich zu erklären angehalten werden

---

79) Daher wird in Constitutionen der Pflichttheil auch wohl falcidia (sc. portio) genannt. L. 5. §. 3. 5. Cod. ad leg. Jul. maiest. (9. 8.) Cf. L. 31. C. h. t. L. 28. Theod. Cod. de iudaeis. (16. 8.)

80) L. 8. §. 6. 8. 9. D. h. t. (quarta debitae sc. ab intestato portionis). §. 6. J. h. t. L. 6. 8. pr. C. h. t. Paull. l. c. §. 5. 6.

81) Nov. 18. cap. 1. (vom J. 536).

82) §. 6. J. cit. L. 33. pr. C. h. t.

83) L. 25. pr. D. h. t. L. 29. 30. §. 2. C. h. t.

84) Gleichbedeutend ist der oft vorkommende Ausdruck: accusatio inofficiosi. L. 6. §. 2. L. 7. D. h. t. L. 11. C. h. t. u. a.

85) L. 8. §. 10. D. h. t.

kann[86]). Natürlich aber kann sie, wie gegen den eingesetzten Erben selbst, so auch gegen dessen Erben oder wer sonst in dessen Gesammtrecht eintritt, daher auch gegen den Fiscus, welcher dessen Vermögen als erbloses an sich zieht, erhoben werden[87]), und außerdem kann sie auch gegen den Universalfideicommissar, welchem die Erbschaft vom eingesetzten Erben restituirt worden ist, gerichtet werden[88]), wie nicht minder gegen denjenigen, welcher die Erbschaft dem eingesetzten Erben wegen Unwürdigkeit entrissen hat[89]) oder sonst anstatt des eingesetzten Erben die zunächst diesem durch das Testament angetragene Erbschaft bekommt[90]), und sodann auch gegen denjenigen, welcher durch bonorum possessio contra tabulas dem eingesetzten Erben die ihm nach Civilrecht erworbene Erbschaft entzieht, insofern auch diese nur, weil das Testament besteht, das Intestaterbrecht des Querelberechtigten ausschließt[91]). Befindet sich der letzte im Besitze, so kann er, die Klage des Gegners erwartend, gegen diese vertheidigungsweise sein Beschwerderecht geltend machen[92]), und so die Rescission des Testamentes und die Anerkennung seines dadurch eröffneten Intestaterbrechtes herbeiführen. Im anderen

86) L. 36. §. 2. C. h. t. Der Richter kann eine Frist zur Erklärung festsetzen, mit dem Präjudiz, daß nach deren Ablauf der Eingesetzte als ablehnend angesehen werde, ähnlich wie bei der gewöhnlichen Deliberationsfrist. Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 11.

87) L. 10. C. h. t. Wenn der Fiscus das Vermögen des Testators selbst als erbloses in Besitz genommen hat (si ipsius bona utpote vacantia tenet), so findet gegen ihn die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato statt, weil erst Destitution des Testamentes vorausgesetzt wird, damit bona vacantia sein können, dann aber die eröffnete Intestaterbfolge das Recht des Fiscus noch ausschließt.

88) L. 1. C. h. t.

89) Arg. L. 10. C. cit. Glück a. a. O. Bd. VII, S. 407 flg. Es folgt dieß nothwendig daraus, daß der Eripient vollkommen in die durch das Testament begründeten Rechte des Unwürdigen eintritt, welchem letzten daher an der Aufrechthaltung des Testamentes gegen die Querel nichts gelegen ist. L. 12. 16. §. 2. L. 18. §. 1. D. de his quae ut indign. (34. 9.) L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 14. D. de iure fisci. (49. 14.) Vgl. Marezoll, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. I. 20. und gegen die abweichenden Bemerkungen in diesem Werke Bd. IV, S. 50 flg. Dieselbe Zeitschrift Bd. XIX, S. 27, 36 flg. — Consequent kann es in diesem Falle nicht einmal darauf ankommen, ob der Eingesetzte angetreten habe, weil die Exception auch im Falle der Ablehnung, wenn das Testament nur aus diesem Grunde ungiltig wird, wirksam ist, L. 8. 17. D. de his quae ut indign. L. 29. §. 1. 2. D. de iure fisci. (49. 14.), der Erwerb des Eripienten also nur durch die gegen denselben erst zu erstreitende Rescission des Testamentes beseitigt werden kann. Vgl. Note 91.

90) Z. B. der Vater nach L. 18. C. de iure delib. (6. 30.), L. 8. pr. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.), der Descendent nach L. un. C. de his qui ante apert. tab. (6. 52.), wenn man annimmt, daß er nicht Erbe des eingesetzten parens zu sein brauche.

91) L. 20. pr. D. de b. p. c. t. (37. 4.)

92) L. 8. §. 13. D. h. t.: in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Falle muß er klagend auftreten, um denselben Zweck zu erreichen[93]), und damit verbindet sich denn von selbst, sofern der Gegner besitzt, die Verfolgung der daraus hervorgehenden Rechtsansprüche des Klägers, oder mit anderen Worten, dieser stellt zugleich, auf sein durch die nachgesuchte Rescission des Testamentes erst zu eröffnendes Intestaterbrecht sich gründend, die Erbschaftsklage an, hereditatis petitio ex nomine de inofficioso testamento, oder ex causa inofficiosi querelae[94]), um die Herausgabe desjenigen, was ihm als Erben gebührt, zu erwirken. Jedoch kann die Querel gegen den eingesetzten Erben, auch wenn derselbe nichts von der Erbschaft besitzt, verfolgt werden, nur zu dem Zwecke, um die Ungiltigkeitserklärung des Testamentes herbeizuführen[95]), wodurch denn auch nur, wie durch Präjudicialklage, die Anerkennung des klägerischen Erbrechtes entschieden wird[96]), und andererseits findet sie nicht gegen Jeden statt, der pro herede oder pro possessore besitzt[97]); es ist daher nicht zu billigen, wenn man die querela

---

93) Daher actio inofficiosi oder de inofficioso. L. 7. 12. pr. L. 15. §. 2. L. 17. 21. pr. 29. 30. D. h. t. L. 7. 12. 14. C. h. t. u. a.

94) L. 20. D. h. t. L. 20. pr. D. de b. p. c. t. (37. 4.) L. 34. C. h. t. Cf. Paulli sentt. IV. 5. §. 4.

95) Arg. L. 36. §. 2. C. h. t. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 361, Anm. 39 bemerkt zwar, wenn der Eingesetzte auch kein corpus hereditarium besitze, so könne er doch jedenfalls wegen der ihm in Folge des Erbschaftserwerbes zustehenden Klagen als iuris possessor in Anspruch genommen werden, nach L. 16. §. 4. 5. 7. L. 20. §. 17. in f. L. 35. D. de hered. pet. (5. 3.) Allein diese Stellen reden nur von solchen Klagen, die dem anmaßlichen Erben aus Anlaß dieser seiner Anmaßung erworben sind und deren Cession nun von ihm begehrt werden kann, also ein Object der demselben aufzuerlegenden Restitution abgibt. Auf die actiones hereditariae läßt sich dieß nicht anwenden, da sie ipso iure dem Erben zustehen, und also wenn das Testament rescindirt wird, ipso iure dem eingesetzten Erben abgesprochen sind, so daß nichts vorhanden ist, was er zu restituiren hätte, also auch zu einer petitio gegen ihn (petitoria formula) gar kein Anlaß gegeben ist. Zudem ist es ja denkbar, daß die Erbschaft gar keine Klagerechte enthält.

96) Das Verhältniß der Querel zur hereditatis petitio ist ein ähnliches, wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das des sogen. iudicium rescindens zu dem sogen. iudicium rescissorium. Nach Umständen fallen beide in einen Prozeß zusammen, aber es kann auch das erste selbstständig nur das Restitutionserkenntniß erzielen, dessen materielle Folgen dann anderweitig geltend zu machen sind. Uebrigens konnte man nach älterem Rechte durch legis actio sacramento oder per sponsionem gewiß auch in anderen Fällen ein bloßes Präjudicium über zweifelhaftes Erbrecht herbeiführen, indem die Parteien die Stellung der praedes litis et vindiciarum oder die Eingehung der entsprechenden Stipulation unterließen.

97) Vgl. Note 85—91. Unrichtig ist, was Mayer, Erbr. I. S. 209 bemerkt, daß der Pflichttheilsberechtigte gegen jeden Besitzer pro herede oder pro possessore, der nicht aus dem Testamente sein Recht ableitet, die einfache Erbschaftsklage anstellen könne und damit obsiegen müsse, weil die Berufung auf das Testament, worin er nicht eingesetzt ist, eine exceptio de iure tertii enthalten würde. Sie ist Verneinung des klägerischen Erbrechtes, welchem das Testament, so lange es nicht destituirt oder rescindirt ist, im Wege steht. Vgl. dieses Werk

inofficiosi testamenti schlechthin als eine qualificirte hereditatis petitio auffaßt[98]), da diese nur gegen denjenigen, aber auch gegen Jeden, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, stattfindet[99]). Aber die Querel hat jedenfalls die Bestimmung, dem Beschwerdeführenden die Erbschaft zu verschaffen. Diesen Zweck könnte sie verfehlen, wenn der letzte nach erfolgter Rescission des Testamentes nun doch die Erbschaft nicht erwerben wollte oder könnte, z. B. weil er inzwischen gestorben ist. Daher muß derjenige, welcher nicht nach Civilrecht Erbe wird, bei Anstellung der Querel sich sofort bonorum possessio (litis ordinandae gratia) ertheilen lassen, kraft welcher er, wenn nachher das Testament rescindirt wird, schon von jenem Zeitpunkte an als Erbe zu betrachten ist[100]); wer nach Civilrecht Intestaterbe ist, bedarf dieser Vorbereitung nicht, weil, wenn er nicht als suus ipso iure Erbe wird, jedenfalls in der Anstellung der Querel der Wille, die Erbschaft zu haben, sich kund gibt, also eine Antretung derselben enthalten ist, die durch die rückwirkende Kraft der nachher erfolgenden Rescission als von Anfang wirksam sich darstellt[101]). Im letzten Falle geht dann das Recht der Querel auch auf die Erben des Pflichttheilsberechtigten über, wenn dieser nur den Willen, davon Gebrauch zu machen, erklärt hatte[102]), während im ersten Falle auch dazu vorausgesetzt wird, daß derselbe bereits litis ordinandae gratia bonorum possessio erlangt habe, weil der Erbe die b. p. nicht mehr agnosciren kann, ohne sie aber ein Erbrecht seines Erblassers gar nicht gegeben ist[103]). Außerdem können die Erben die ihrem Erblasser zugestandene Querel nicht erheben[104]),

---

Bd. V, S. 217, 220. Das aber wäre wohl anzunehmen, daß man auf den Grund der gegen den Eingesetzten erhobenen Querel zugleich einstweilen gegen einen anderen Besitzer die hereditatis petitio erhebe, für deren Durchführung dann aber der Ausfall jenes Prozesses präjudiciell wäre. Arg. L. 20. D. h. t. Paull. sentt. IV. 5. §. 4. Vgl. Klenze, querelae inofficiosi testamenti natura. (Berolini 1820.) p. 5—10.

98) Dieß ist die Ansicht der meisten Rechtsgelehrten. Vgl. Glück a. a. O. S. 360. Francke a. a. O. S. 253 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 344 flg. Mayer, Erbr. I. S. 207. v. Vangerow, Pand. §. 478 u. a.

99) Vgl. besonders Klenze l. c. und Fabricius, Urspr. und Entw. der bon. poss. S. 146—149, auch Bluntschli a. a. O. S. 172 flg. Bethmann-Hollweg, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V. S. 369, 383, und die Citate bei Glück a. a. O. S. 361. Ueber die Hypothese von Ant. Faber, daß die querela inofficiosi eine popularis actio gewesen sei, siehe daselbst S. 362.

100) L. 6. §. 2. L. 7. 8. D. h. t. L. 2. C. h. t. Vgl. dieses Werk Bd. II, S. 335 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 155 flg. Fabricius a. a. O. S. 150—155.

101) L. 7. D. h. t. Cf. L. 1. Theod. Cod. de inoff. test. (2. 19.) (sine auxilio praetoris). Fabricius a. a. O. S. 151, Note 207, S. 153, Note 213.

102) L. 6. §. 2. L. 7. cit. L. 5. C. h. t.

103) Francke a. a. O. S. 315.

104) Ipsius enim iniuria est. L. 8. pr. D. h. t.

ausgenommen, nach Justinian's Verordnung [105]), wenn sie selbst auch Descendenten des Testators sind, dessen Testament jener anzufechten berechtigt war, es würde denn erwiesen, daß er davon keinen Gebrauch zu machen Willens gewesen sei [106]). Durch erklärten Verzicht wird die Querel natürlich ausgeschlossen [107]), daher auch durch Vergleich mit dem Erben [108]), und durch Anerkennung des letzten Willens des Erblassers, sei es auch nur einer einzelnen Verfügung des Testamentes [109]), während umgekehrt die Ausführung der Querel die Folge hat, daß dem unterliegenden Kläger dasjenige, was ihm vom Erblasser hinterlassen worden, entrissen wird [110]). Außerdem verjährt die Querel durch den Ablauf von fünf Jahren [111]) seit dem Antritte der Erbschaft durch den eingesetzten Erben [112]), wo nicht besondere Gründe eine längere Dauer rechtfertigen [113]), und überall unzulässig ist sie, wenn dem Pflichttheilsberechtigten ein anderer Weg offen steht, um seine nicht beachteten Erbansprüche zur Geltung zu bringen [114]).

Um nun mit der Querel obzusiegen, muß der Kläger die Voraussetzungen derselben darthun, und so denn auch, um das Testament als pflichtwidriges darzustellen, Beweise seines Wohlverhaltens beibringen [115]), wogegen aber der Beklagte den Beweis genügender Enterbungsgründe übernehmen kann [116]). Wenn aber der Kläger siegt,

---

105) L. 34. C. h. t. Cf. L. 36. in fin. ibid.

106) L. 34. cit. in f.: nisi pater adhuc superstes repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, sc. post aditam hereditatem. Nach der herrschenden Meinung soll diese Transmission nur stattfinden, wenn der verletzte Vater deliberante scripto herede, also ante aditam hereditatem, gestorben ist. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 464 flg. Francke a. a. O. S. 317 flg. Vgl. dagegen Marezoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. III. 18., dessen Ausführung durch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 464—472 nicht widerlegt scheint.

107) L. 34 cit. L. 17. pr. D. h. t., nicht bei Lebzeiten des Testators. Paull. sentt. IV. 5. §. 8. L. 35. §. 1. C. h. t.

108) L. 35. §. 1. C. h. t.

109) L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 12. 31. §. 3. 4. L. 32. D. h. t. L. 8. §. 1. L. 35. §. 2. 3. C. h. t.

110) L. 8. §. 14. Cf. L. 11. 22. 30. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de his quae ut indign. (34. 9.) Paull. sentt. IV. 5. §. 9. 10.

111) L. 16. 34. in f. C. h. t. L. 5. Theod. Cod. 2. 19.; nicht, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Querel in modum contradictionis vorzubringen? Glück a. a. O. S. 466. Francke a. a. O. S. 314.

112) L. 36. §. 2. C. h. t. Doch kann dieser Anfangspunkt nicht gelten, wenn das Recht der Querel erst später Jemandem zufällt. Vgl. Note 126.

113) L. 8. §. 17. L. 9. D. h. t., die Zeit der Minderjährigkeit des Berechtigten wird nicht eingerechnet. L. 2. C. in quib. caus. i. i. r. non est necess. (2. 41.)

114) §. 2. J. h. t. Cf. L. 8. §. 15. L. 23. pr. D. h. t. Paull. l. c. §. 5.

115) L. 3. 5. D. h. t. Cf. L. 28. C. h. t. L. 2. Theod. C. h. t. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 123—133, gegen Francke a. a. O. S. 291—298.

116) L. 22. 30. pr. 34. C. h. t. Cf. Nov. 92. cap. 1. §. 1.

so besteht der Erfolg zunächst darin, daß das Testament alle Kraft verliert, als ob es von Anfang an ungiltig gewesen wäre, also auch die Antretung der Erbschaft durch den eingesetzten Erben wirkungslos ist, wodurch denn von selbst die Intestaterbfolge eröffnet wird [117]). Diese Wirkung tritt wenigstens dann vollkommen ein, wenn der Kläger der einzige nächste Intestaterbe, der Beklagte der einzige eingesetzte Erbe ist, und zwar wirkt das rescindirende Urtheil nicht nur gegen diesen selbst, sondern auch gegen diejenigen, welchen außerdem durch den letzten Willen des Testators Rechte gegeben sind, deren Bestand durch den Bestand des Testamentes bedingt ist, also insbesondre gegen die Vermächtnißnehmer, denen daher auch das Recht gegeben wird, sich der Vertheidigung des Testamentes anzunehmen und selbst gegen den Willen des eingesetzten Erben Appellation gegen das ungünstige Urtheil einzulegen [118]). Nur wenn das Urtheil blos in Folge der contumacia des Beklagten gegen das Testament ausgefallen, ist es zum Nachtheile Anderer nicht wirksam [119]). Wenn aber Mehrere zu Erben eingesetzt sind, so kann das gegen den Einen erfochtene Urtheil nicht auch gegen den Anderen gelten, da das Recht des Einen nicht präjudiciell ist für das Recht des Anderen. Wenn daher der Verletzte nur gegen den einen von mehreren Eingesetzten klagt oder gegen den einen von ihnen den Prozeß gewinnt, gegen den anderen unterliegt, so wird das Testament nur theilweise rescindirt, theilweise bleibt es giltig, und so kann denn, gegen die Regel [120]), testamentarische und Intestaterbfolge zugleich eintreten [121]), und diejenigen Verfügungen, die nicht eine theilweise Erfüllung zulassen, bleiben ganz giltig [122]), sowie die Pupillarsubstitution giltig bleibt, weil das Testament nicht ganz umgestoßen wird [123]). Von Geschwistern aber **kann** die Klage nicht gegen alle eingesetzte Erben mit Erfolg durchgeführt werden, wenn nicht alle bescholten sind [124]). Schwieriger ist die Frage, wie es sich verhalte, wenn der Kläger nicht der einzige Intestaterbe ist? In Verbindung damit steht die Frage, inwiefern in Ansehung der Querel oder der durch dieselbe eröffneten

---

117) L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. (testamenti factionem habuisse defunctus non creditur). L. 28. in f. D. h. t. (nihil ex eo testamento valet). L. 31. pr. D. de subst. (28. 6.) L. 36. D. de legat. III. Cf. L. 21. §. 2. D. h. t. L. 22. C. h. t. Auch die Codicillarclausel kann nicht den Inhalt des Testamentes gegen diese Rescission schützen. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 365—374. — Nicht dasselbe gilt, wenn der Streit durch Vergleich zu Gunsten des Klägers geschlichtet ist. L. 29. §. 2. D. h. t.

118) L. 29. pr. D. h. t. L. 14. pr. D. de appellat. (49. 1.)

119) L. 17. §. 1. D. h. t. L. 14. §. 1. D. de appellat.

120) L. 7. D. de R. J. §. 5. J. de hered. instit. (2. 14.)

121) L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. D. h. t. L. 13. C. h. t. Cf. L. 76. pr. D. de legat. II. L. 12. §. 4. D. de bon. libert. (38. 2.)

122) L. 13. Cod. cit. in f.

123) L. 8. §. 5. D. h. t. Cf. L. 31. D. de subst. (28. 6.)

124) L. 24. D. h. t. Cf. L. 27. C. h. t.

Intestaterbfolge ein Anwachsungsrecht stattfinde? Beide Fragen sind aber bereits an einem anderen Orte dieses Werkes beantwortet worden[125]), wo zugleich auch die Möglichkeit der successio in querelam, wenn der zunächst Berechtigte wegfällt, berührt worden ist[126]).

f) Nach älterem Rechte konnte der Pflichttheilsberechtigte immer die querela inofficiosi erheben und dadurch Rescission des Testamentes herbeiführen, wenn ihm nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen war. Doch konnte er auch blos Ergänzung des Pflichttheiles verlangen, wenn ihm ein Theil desselben hinterlassen war[127]). Um nun das Testament gegen die Gefahr der Rescission sicher zu stellen, konnte der Testator auch ausdrücklich verordnen, daß der Pflichttheil nöthigenfalls boni viri arbitratu zu ergänzen sei[128]). Nach Justinian's Verordnung aber soll, wenn dem Pflichttheilsberechtigten überhaupt etwas hinterlassen worden ist, diese Anordnung als stillschweigend hinzugefügte angesehen werden, und jener daher in jedem solchen Falle nur Ergänzung seines Pflichttheiles zu fordern befugt sein, dagegen aber der Pflichttheil durch keinerlei Auflage oder Beschränkung geschmälert werden[129]). Darnach kann denn die querela inofficiosi nur dann noch stattfinden, wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterlassen worden ist[130]) oder weniger als der Pflichttheil mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er diesen zu erhalten nicht verdiene[131]).

Einige Rechtsgelehrte wollen übrigens der angeführten Verordnung Justinian's noch die weit umfassendere Bedeutung beilegen, daß nicht nur die querela inofficiosi testamenti, sondern auch die civilrechtliche Ungiltigkeit des Testamentes wegen Uebergehung eines suus heres und die bonorum possessio contra tabulas wegen Uebergehung eines dazu berechtigten Descendenten ausgeschlossen sein solle, wenn dem Notherben überhaupt nur etwas hinterlassen sei[132]). Aber diese Ansicht ist von Anderen überzeugend widerlegt worden[133]) Die unter A.

---

125) Bd. I, S. 285—292. Abweichende Ansichten vertheidigt wieder gegen die dort befolgte Ausführung v. Huschke, im rhein. Mus. VI. S. 341—358, v. Vangerow, Pand. §. 479, S. 277—280, im wesentlichen übereinstimmend mit Francke a. a. O. S. 298 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 392 flg. u. A.

126) Vgl. Francke a. a. O. S. 276—285.

127) Paull. l. c. §. 7. Cf. L. 3. 8. C. h. t. L. 2. Greg. C. h. t.

128) L. 2. Theod. C. h. t.

129) L. 30—32. 36. pr. C. h. t. §. 3. J. h. t.

130) L. 30. §. 1. L. 31. in f. C. h. t.

131) L. 30. pr. cit. Bluntschli a. a. O. S. 178. Puchta, Pand. §. 490, Note n. Doch lassen Andere auch in diesem Falle nur die Ergänzungsklage zu, die dann der Erbe durch den Beweis des Vorwurfes ausschließen könne. Francke a. a. O. S. 340. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 19.

132) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 329 flg. Francke a. a. O. S. 341—349, welchem auch Mühlenbruch beistimmte in der doctrina pand. ed. 3. §. 776.

133) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 103—118. Fuhr, in der

entwickelten Grundsätze des formellen Notherbenrechtes wurden durch dieses Gesetz nicht berührt, nur die Anwendbarkeit der querela inofficiosi testamenti dadurch in engere Grenzen eingeschlossen. In Ansehung beider aber bewirkten dann eine wesentliche Aenderung, wie jetzt näher zu betrachten ist,

II. Die Bestimmungen der Novelle 115.

Im Cap. III dieses Gesetzes verordnet Justinian: es solle fortan den Eltern und Großeltern nicht mehr erlaubt sein, ihre Kinder in ihrem Testamente zu übergehen oder zu enterben, wenn sie ihnen auch durch Schenkung oder Vermächtniß oder sonst auf andere Weise den Pflichttheil zugewendet hätten, es sei denn, daß dieselben die Ausschließung verdienen und die Gründe dafür namentlich im Testamente angeführt werden[134]). Nachdem er sodann die Enterbungsgründe einzeln bestimmt hat, erklärt er: wenn nun die Eltern wenigstens einen dieser gesetzlich gebilligten Enterbungsgründe im Testamente angeben und die eingesetzten Erben wenigstens einen der im Testamente angegebenen Enterbungsgründe als wahr erweisen würden, so solle das Testament in Kraft bestehen; wenn aber dieses nicht beobachtet sei, so solle den enterbten Kindern kein Präjudiz daraus hervorgehen, sondern, indem das Testament, so viel die Erbeinsetzungen betrifft, für ungiltig erklärt werde, die Kinder zu gleichen Theilen ab intestato zur Erbschaft der Eltern gelangen: wenn aber Vermächtnisse oder Freilassungen oder Ernennung von Vormündern oder sonst andere gesetzlich gebilligte Verfügungen in solchem Testamente enthalten seien, so solle dieses Alles erfüllt werden, als ob in Ansehung dieses Bestandtheiles seines Inhaltes dasselbe nicht umgestoßen sei, sondern giltig bestehe[135]). Ebenso

---

Zeitschr. für Civilr. und Proz. VII. 9. v. Vangerow, Pand. II. S. 312. Mayer, Erbr. I. S. 258 flg. Vgl. auch Schunck's Jahrb. XIX. S. 252—256.

134) Non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento.

135) Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης) ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire. — Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta et

verordnet der Kaiser im Cap. IV, es solle den Kindern nicht erlaubt sein, ihre Eltern zu übergehen oder dieselben sonst irgendwie dem Vermögen, worüber sie ein Testament errichten können, völlig zu entfremden, wenn sie nicht die in dem vorliegenden Gesetze gebilligten Enterbungsgründe im Testamente angeben[136]), und erklärt nach Aufzählung dieser Enterbungsgründe wiederum: wenn die Kinder wenigstens einen derselben im Testamente angeben und die eingesetzten Erben wenigstens einen der im Testamente angegebenen Gründe als wahr erweisen würden, so solle das Testament in Kraft bestehen bleiben; wenn aber dieses nicht beobachtet sei, so solle dasselbe, so viel die Erbeinsetzungen betrifft, keine Kraft haben, sondern, indem das Testament umgestoßen werde, den Intestaterben die Erbfolge angetragen sein und das Vermögen zufallen, jedoch unter Aufrechthaltung der im Testamente enthaltenen Vermächtnisse, Freilassungen, Vormundsernennungen und anderer Verfügungen[137]).

So hat Justinian für gut befunden zu verordnen, um Eltern und Kindern gegen testamentarische Unbilde zu schützen. Wenn diese aber zu Erben eingesetzt sind, mögen sie auch mit bestimmten Sachen sich zu begnügen angewiesen sein, so soll, wie Justinian noch im Cap. V ausspricht, das Testament nicht umgestoßen werden[138]), sondern nur in Gemäßheit der älteren Vorschriften nöthigenfalls eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles stattfinden; nur die Kränkung unverdienter Uebergehung oder Enterbung von Kindern und Eltern abzuwenden, ist die Absicht, welche durch dieses Gesetz erreicht werden sollte.

---

tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum (*ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει*).

136) Non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare (praeterit*ους καταλιμπάνειν ἢ καθ᾽ οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων — — τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι*), nisi causas quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

137) Si tales igitur causas vel certas vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint et scripti ab eis heredes aut omnes aut certas aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Sin autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus (*μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην — — — ἔχειν θεσπίζομεν, ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν*), legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem.

138) Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus (*ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι*).

Unleugbar war es ein guter Gedanke, welcher diesem neuen Gesetze zum Grunde liegt; das bisherige Notherbenrecht bedurfte einer wesentlichen Aenderung durch die Gesetzgebung. Aber leider hat der Gesetzgeber sich nicht die Mühe gegeben, seinen Gedanken mit Rücksicht auf das bisher geltende Recht vollständig durchzudenken, sondern sich damit begnügt, nur gelegentlich, durch einen einzelnen Fall angeregt und in einem Gesetze von übrigens ganz fremdartigem Inhalte[139]), die obigen Bestimmungen zu erlassen, ohne deren Verhältniß zum bisherigen Rechte genauer in Erwägung zu ziehen. Daher ist denn in dieser Lehre eine Unsicherheit entstanden, die in keiner anderen ihres Gleichen hat. So viel steht fest, daß das Recht des Pflichttheiles an sich durch das neue Gesetz nicht verändert worden ist, daß aber nun auch die Einsetzung der Descendenten und Ascendenten erfordert wird, wenn nicht deren Nichteinsetzung durch einen gesetzlichen im Testament angegebenen wahren Enterbungsgrund gerechtfertigt wird[140]), und daß die Verletzung dieser Vorschrift Ungiltigkeit der testamentarischen Erbeinsetzungen zur Folge hat. Sehr streitig aber ist sofort die Frage, in welcher Weise diese Ungiltigkeit eintrete? und mit welchem Rechtsmittel daher die Erbfolge gegen das Testament geltend zu machen sei?[141])

In Betreff dieser Frage sind drei verschiedene Hauptansichten oder Systeme aufgestellt worden, das sogen. Nullitätssystem, das Inofficiositätssystem und ein gemischtes System. Eine Partei der Rechtsgelehrten betrachtet nämlich die Erbeinsetzungen oder das Testament in Ansehung derselben als nichtig, und gibt den Notherben als Intestaterben die gewöhnliche Erbschaftsklage, die sich nur auf die Behauptung der Nichtigkeit der testamentarischen Erbeinsetzungen gründet, hereditatis petitio ab intestato ex causa nullitatis, die man gewöhnlich, obwohl unpassend, Nullitätsquerel genannt hat[142]). Unter den Anhängern dieser Ansicht besteht aber noch wieder eine wesentliche Meinungsverschiedenheit. Einige behaupten absolute Nichtigkeit der Erbeinsetzungen; die letzten sollen, wenn einmal gegen die Vorschriften der Nov. 115.

---

139) Cap. 1. 2., cap. 5. §. 1. und cap. 6. beziehen sich auf Gegenstände, die zu dem Notherbenrechte in keiner Beziehung stehen. In cap. 5. pr. erwähnt Justinian des Falles, der ihn zu den vorhergehenden Vorschriften veranlaßt habe.

140) Die einzelnen Enterbungsgründe sind schon erörtert worden in diesem Werke Bd. III, S. 895—900.

141) Eine Uebersicht der Dogmengeschichte in Ansehung der Hauptfragen über Nov. 115. findet sich bei Bluntschli a. a. O. S. 265—310.

142) Diese Ansicht, schon von dem Glossator Martinus und von Bartolus aufgestellt, dann aber lange Zeit fast ganz verdrängt, ist in neuerer Zeit die vorherrschende geworden. Vgl. die Angaben bei Glück a. a. O. Bd. 7, S. 339 flg. Francke a. a. O. S. 370. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 253. Als condictio ex lege bezeichnete die Klage, offenbar verkehrt, Schmidt, de querela inoff. inter parentes et liberos exule. Wirceb. 1778.

gefehlt ist, von Anfang an ungiltig sein und ungiltig bleiben, wenn gleich zur Zeit des Todes keine Pflichterben vorhanden sind, die nicht eingesetzt oder rechtmäßig ausgeschlossen wären [143]), wobei jedoch von Manchen die Möglichkeit einer wirksamen secundum tabulas bonorum possessio anerkannt wird [144]). Andere aber wollen nur eine relative oder respective Nichtigkeit der Erbeinsetzung anerkennen; diese soll nicht schlechthin und von Anfang an ungiltig sein, sondern nur, wenn zur Zeit des Todes verletzte Notherben vorhanden sind, als nichtig behandelt werden, so daß diese nicht der querela inofficiosi testamenti bedürfen, um sie zu beseitigen, sondern ohne weiteres als Intestaterben eintreten und durch die einfache hereditatis petitio ab intestato ihr Recht geltend machen können [145]). Dagegen nimmt eine zweite Hauptpartei der Rechtsgelehrten an, gerade die querela inofficiosi testamenti sei das Rechtsmittel, mittelst dessen das Testament, welches den Vorschriften der Novelle nicht entspricht, anzufechten und die Rescission der Erbeinsetzungen zu erwirken sei, wobei denn alle im älteren Rechte bestimmten Eigenthümlichkeiten dieser Klage noch zu beachten sein sollen, so weit nicht das neue Gesetz Abweichendes festsetzt [146]). Eine dritte Partei aber hält diese Klage nur in dem Falle für das anzuwendende Rechtsmittel, wenn ein gesetzlicher Enterbungsgrund im Testamente zwar angegeben ist, dessen Wahrheit aber von dem ausgeschlossenen Notherben bestritten wird, während sie dagegen der Ansicht der ersten Partei für den Fall beipflichtet, wenn der Notherbe ohne alle Angabe eines Enterbungsgrundes ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen worden ist [147]). Keine dieser Meinungen kann sich unmittelbar auf einen entscheidenden Ausspruch des Gesetzgebers stützen und keiner derselben steht ein solcher Ausspruch geradezu entgegen. Wenn auch einmal gesagt wird, das Testament solle, so viel die Erbeinsetzungen betrifft, keine Kraft haben, so deuten dagegen andere Ausdrücke auf Umstoßung oder Rescission des Testamentes; diese letzten sind aber auch

143) Vgl. v. Vangerow, Pand. §. 485. Heumann, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. XVII. S. 203—232.

144) Brandis, in derselben Zeitschr. VII. S. 197—202. Vgl. oben Note 57—65.

145) Bluntschli a. a. O. S. 234—244. Francke a. a. O. S. 382—391. Mühlenbruch a. a. O. S. 256 flg.

146) Diese Ansicht, schon von dem Glossator Bulgarus aufgestellt, später von vielen, u. a. Cujacius und Donellus, aufgenommen, hat auch unter den neueren Juristen noch manche Anhänger; vgl. Glück a. a. O. S. 335 flg., 347 flg. Schömann, Handb. I. S. 139 flg. Mackeldey, Lehrb. §. 660, und vorzüglich Mayer, Erbr. I. S. 286, 287.

147) Diese Ansicht, in der Glosse des Accursius gebilligt, war lange Zeit als herrschende in der Praxis anerkannt, vgl. die Angaben bei Mayer a. a. O. S. 288—290, und wird jetzt noch vertheidigt von Puchta, Pand. §. 493.

nicht entscheidend, weil sie wie der erste auch von einer durch das Gesetz selbst ausgesprochenen Ungiltigkeit verstanden werden können. Wir haben daher keinen anderen Anhaltepunkt, um über obige Fragen zu entscheiden, als die Erwägung derjenigen Momente, welche die eine oder andere Beantwortung als die wahrscheinlich der Willensmeinung des Gesetzgebers entsprechende, die er selbst bei näherer Ausführung muthmaßlich gebilligt haben würde, erkennen lassen. Wir sind berechtigt, das als das Richtige anzunehmen, was sich durch innere Angemessenheit im Vergleich mit der erklärten Absicht des Gesetzes und im Zusammenhange mit dem früheren Rechte am meisten empfiehlt.

Hiernach ist nun aber das sogen. Inofficiositätssystem gewiß nicht zu billigen. Zwar scheint zu Gunsten desselben der Umstand zu sprechen, daß das Gesetz sich auf alle Descendenten und Ascendenten bezieht, diesen aber bisher nur die querela inofficiosi testamenti als gemeinschaftliches Mittel, zur Erbfolge gegen das Testament zu gelangen, zugestanden hatte, indem nur ein Theil der Descendenten möglicher Weise auch kraft civilrechtlicher Nichtigkeit oder durch c. t. bonorum possessio die Erbschaft erlangen konnte. Und wenn die Novelle nur die Enterbungsgründe festgesetzt und deren ausdrückliche Angabe und Bewahrheitung vorgeschrieben hätte, so könnte kaum ein Zweifel darüber entstehen, daß jene Klage im Falle der Verletzung dieser Vorschrift die einzig anwendbare sei. Allein Justinian hat die Einsetzung aller jener Personen vorgeschrieben, die stillschweigende oder ausdrückliche Ausschließung derselben von der eigentlichen Erbfolge verboten, wenn sie nicht durch einen ausdrücklich angegebenen, von den eingesetzten Erben als wahr zu erweisender Enterbungsgrund gerechtfertigt wird; und die Verletzung dieser Vorschrift allein soll Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen nach sich ziehen, wenn gleich den ausgeschlossenen Personen mehr als ihr Pflichttheil, ja mehr als der Betrag ihres gesetzlichen Erbtheiles auf andere Weise zugewendet sein sollte. Wenn nun die querela inofficiosi testamenti die Klage wäre, mit welcher in solchem Falle der Verletzte das Testament anzufechten hätte, so würde dieser Anwendung auf Fälle gegeben sein, in welchen sie früher niemals anwendbar gewesen war; denn sie konnte immer nur wegen Schmälerung und nach dem Rechte des Codex sogar meistens nur wegen völliger Entziehung des Pflichttheiles angestellt werden; auf die Berücksichtigung bei der Erbeinsetzung hatten die Pflichttheilsberechtigten als solche keinen Anspruch, und auch der ausdrücklich Enterbte kann die Klage niemals anstellen, wenn ihm z. B. durch Vermächtniß sein Pflichttheil hinterlassen war. Eine solche Ausdehnung der Querel, wodurch in der That ihre Natur wesentlich verändert wäre, kann aber ohne deutliche Bestimmung nicht angenommen werden. Sie ist auch aus dem Grunde höchst unwahrscheinlich, weil man die Querel immer als eine besonders gehässige Klage ansah und namentlich Justinian das Gebiet ihrer Anwendung bedeutend beschränkt hat: wie sollte er dazu gekommen sein, dasselbe nun so sehr zu

erweitern? Wie sollte er geneigt gewesen sein, zu verordnen, was niemals Rechtens gewesen war, daß ein Testament, worin ein Pflichttheilsberechtigter nicht eingesetzt ist, aber demselben drei Viertheile des Erbschaftsvermögens durch Vermächtniß zugewendet sind, eo colore, quasi non sanae mentis testator fuisset, angefochten werden könne? Mit diesem Charakter der Querel stimmt es auch nicht überein, daß nach der Novelle nur die Erbeinsetzungen ungiltig sein, alle übrigen Verfügungen des Testamentes bestehen bleiben sollen. Zwar konnte auch bei der querela inofficiosi wohl ein Theil des Inhaltes bestehen bleiben; aber dieß trat doch nur ausnahmsweise ein; an sich war sie darauf gerichtet, das Testament ganz umzustoßen, als ob der Verstorbene nicht testamenti factio gehabt hätte. Wenn also der Gesetzgeber allgemein ausspricht, daß alle Verfügungen des Testamentes, außer der Erbeinsetzung, giltig bleiben sollen, so kann nicht wohl seine Meinung sein, daß zur Anfechtung der letzten eine Klage zu gebrauchen sei, welcher eine Annahme zum Grunde liegt, die eben jener Bestimmung widerstreitet. Wenn das neue Gesetz an andere Voraussetzungen andere Wirkungen knüpft, so sind wir nicht berechtigt, dennoch jene Klage mit ihren Eigenthümlichkeiten als das Mittel zu bezeichnen, durch welches diese Wirkungen herbeizuführen seien.

Diese Gründe sprechen aber zugleich auch gegen das sogen. gemischte System. Zwar soll nach diesem die Querel nur in einem Falle stattfinden, wo es sich nicht blos darum handelt, ob eine gesetzliche Form beobachtet sei, sondern, wie in dem alten Querelprozesse, darum, ob der formell giltig Ausgeschlossene die Ausschließung verdient habe, und es scheint sich daher dasselbe am besten dem älteren Rechte anzufügen, welches mit dem ungesetzlichen Nichtgedenken auch andere Folgen verband, als mit dem nicht gerechtfertigten Nichtbedenken. Aber auch nach diesem System würde doch die Natur der Querel wesentlich verändert sein; auch darnach würde sie in Fällen zur Anwendung kommen, in welchen sie niemals anwendbar war, blos wegen Nichtbedenkens bei der Erbeinsetzung, wenn auch der Nichteingesetzte mit Vermächtnissen reichlich bedacht worden, und würde sie ganz andere Wirkungen haben, als welche ihrer im älteren Rechte ausgeprägten Natur entsprechen. Zudem macht das Gesetz durchaus nicht eine solche Unterscheidung, wie diese Theorie sie aufstellt; es erklärt das Testament für giltig, wenn ein Ausschließungsgrund angegeben sei und als wahr erwiesen werde, für ungiltig aber, rücksichtlich der Erbeinsetzungen, wenn daran etwas fehle, und bestimmt die Folgen eines solchen Fehlers ganz gleichmäßig, ohne zu unterscheiden, ob ein Ausschließungsgrund gar nicht angegeben oder der angegebene nicht wahr sei. Man hat zwar dagegen bemerkt, Justinian setze nur die Wirkung fest; den Weg, auf dem sie herbeizuführen sei, habe die Jurisprudenz nach den in der Justinianischen Gesetzgebung gegebenen Begriffen festzustellen. Allein die Jurisprudenz ist nicht berechtigt, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen,

zu welcher dieses keinen Anlaß gibt, und zu diesem Zwecke aus dem bisherigen Rechte eine Klage herbeizuziehen, welche in dieser Anwendung gerade dem in dem bisherigen Rechte gegebenen Wesen derselben nicht mehr entsprechen würde. Sie ist dazu um so weniger berechtigt, wenn der Gesetzgeber bisher die Anwendung dieser Klage vielmehr zu beschränken als zu erweitern bedacht war, wenn sie ferner dadurch zu Resultaten gelangt, welche weder dem offenbar auf Vereinfachung der Grundsätze gerichteten Bestreben des Gesetzgebers entsprechen, noch an sich besonders befriedigend sind. Es ist aber kein Grund einzusehen, warum dieselbe Wirkung wegen verschiedenartiger Uebertretung desselben Gesetzes auf verschiedenem Wege herbeigeführt werden solle; es ist nicht einzusehen, warum die wissentliche Angabe eines unwahren Enterbungsgrundes der Giltigkeit des Testamentes in minderem Grade schaden soll, als die völlige Unterlassung solcher Angabe, oder warum es nöthig sein soll, auf den Testator, welcher vielleicht aus Irrthum einen unwahren Enterbungsgrund angegeben, gleichwohl aber dem Enterbten durch Vermächtniß den Pflichttheil zugewandt hat, den color, quasi non sanae mentis fuisset, zu werfen, während das Testament desjenigen, der den Notherben gar nicht berücksichtigt hat, ohne diesen gehässigen Schein angefochten werden kann. Das ausgebildete Recht der Querel festzuhalten hatte sowohl die Jurisprudenz wie der Gesetzgeber kein Interesse, theils weil es in manchen Punkten schwierig war, theils weil es doch in den wichtigsten Beziehungen jedenfalls durch das neue Gesetz wesentlich abgeändert worden ist.

Wenn also weder das Inofficiositätssystem noch das gemischte System zu billigen ist, so fragt sich nur noch, ob man absolute oder nur sogen. relative Nichtigkeit der Erbeinsetzungen anzunehmen habe? Im ersten Falle würde das Testament als solches von Anfang an nichtig sein, also auch ein früheres Testament nicht aufheben, und auch durch keine Aenderung der Umstände wirksam werden, es sei denn vermöge einer, jedoch ebenfalls noch bestrittenen, secundum tabulas bonorum possessio; oder, wenn erst nach Errichtung des Testamentes ein nicht bedachter Notherbe einträte, so würde dieses dadurch sofort nichtig werden, wie nach altem Rechte durch adgnatio postumi; in jedem Falle würde unbedingt die Intestaterfolge eintreten, sofern nicht ein giltiges älteres Testament vorläge. Zur Begründung dieser strengen Ansicht beruft man sich darauf, daß die Novelle die Einsetzung der Descendenten und Ascendenten als formelles Erforderniß eines giltigen Testamentes vorschreibe, deren Ausschließung verbiete, nach allgemeinen Grundsätzen aber (L. 5. C. de legib. [1. 14.]) das einem gesetzlichen Verbote widerstreitende Rechtsgeschäft schlechthin nichtig sei, daß ebenso nach älterem Rechte wegen Verletzung der formellen Vorschriften über Einsetzung und Enterbung der sui heredes das Testament absolut nichtig gewesen sei, womit übereinstimmend auch die Novelle ausspreche, daß das ihren Vorschriften widerstreitende Testament keine Kraft haben

solle. Allein diese Gründe werden weit überwogen durch folgende Gegengründe. Die erklärte Absicht des Gesetzes ist nur darauf gerichtet, Kinder und Eltern gegen die Kränkung liebloser Ausschließung von der Erbschaft zu schützen, auf welche sie als Intestaterben Anspruch machen könnten, und in Ansehung deren sie nach dem bisherigen Rechte daher Pflichttheilsrecht hätten. Ob dieses der Fall sei, bestimmt sich aber erst nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes. Es ginge daher weit über den Zweck des Gesetzes hinaus, obwohl es nicht gerade unvereinbar damit wäre, wenn das Testament, worin diejenigen, welche zur Zeit seiner Errichtung solchen Anspruch machen könnten, nicht gehörig bedacht sind, schlechthin für nichtig erklärt würde. Dieß könnte ganz anderen Personen zum Vortheil gereichen, als deren Schutz gegen Willkür das Gesetz bezweckt; es könnte sogar bewirken, daß die in einem älteren Testamente eingesetzten fremden Personen die Erbschaft davon trügen, selbst zum Nachtheile der Notherben, welche etwa in diesem rechtmäßig enterbt waren, in dem neueren übergangen sind; es würde darnach selbst die Erbeinsetzung des näher berechtigten Notherben, welchen der Erblasser etwa im voraus zum Erben ernannt hatte, z. B. der Kinder, die ihm noch geboren werden möchten, ungiltig sein, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen entfernteren Notherben nicht gehörig berücksichtigt wären. Die Novelle würde auf diese Weise, ohne daß ihr Zweck es erheischt, von dem bisherigen Rechte sehr weit abweichen, und dem Geiste des neueren Rechtes zuwider rein formellen Rücksichten ein übermäßiges Gewicht beilegen. Zwar bewirkte die Präterition des suus bisher nach civilrechtlicher Strenge völlige Nichtigkeit des Testamentes; aber selbst dieses war von einer Schule der Rechtsgelehrten nicht gebilligt und wurde in seinen Wirkungen durch Zulassung der secundum tabulas b. p. gemildert. Dagegen nach prätorischem Rechte bewirkte der Verstoß gegen das formelle Notherbenrecht niemals Nichtigkeit des Testamentes; es gewährte nur denjenigen Personen, die sich nach dem Tode des Erblassers in dessen Testament nicht gehörig eingesetzt oder enterbt fanden, die Möglichkeit, dieses durch c. t. b. p. zu beseitigen; und wegen Verletzung des Pflichttheilsrechtes war ebenfalls das Testament nicht absolut nichtig. Es kam also bei der Mehrzahl der Personen, welche die Novelle im Auge hat, nach bisherigem Rechte nur darauf an, ob sie bei eintretendem Erbfalle sich in gehöriger Weise berücksichtigt fanden. Es ist nun nicht anzunehmen, daß Justinian so weit vom bisherigen Rechte abgehen wollte, wenn sein Zweck dieß nicht erforderte, wenn es seinem Zwecke nicht einmal entspricht. Daß dieß seine Absicht nicht war, wird denn auch im Gesetze selbst ziemlich klar angedeutet. Der Kaiser erklärt (cap. 3. in f.): wenn seine Vorschrift nicht beobachtet sei, so solle das Testament den enterbten Kindern nicht zum Nachtheile gereichen (nullum exheredatis liberis praeiudicium generari), sondern diese sollen unter Beseitigung des Testamentes ab intestato zur Erbschaft gelangen. Dadurch gibt er zu erkennen, daß es

ihm nur darum zu thun ist, das Erbrecht der Kinder gegen das Testament aufrecht zu halten. Jene Worte enthalten nicht, wie man behauptet hat[148]), den Grund der erst in dem folgenden Satze liegenden gesetzlichen Disposition, sondern sie sind schon ein Theil der gesetzlichen Disposition, die zuerst ausspricht, daß den Kindern kein Nachtheil daraus erwachsen solle, dann, wie der Nachtheil abgewendet werde, nämlich dadurch, daß ihnen das Gesetz troß dem Testamente ab intestato die Erbschaft deferirt; der Grund der Disposition wird dann erst angedeutet in den Worten: ne liberi falsis accusationibus condemnentur etc. Sollte das Testament schlechthin nichtig sein, so würde Justinian dieses als das Wesentliche zunächst ausgesprochen und das Eintreten der Intestaterbfolge nur als die regelmäßige Folge davon bezeichnet haben; da er aber vielmehr die Eröffnung der Intestaterbfolge zu Gunsten der ausgeschlossenen Kinder als die wesentliche und Hauptwirkung der Gesetzübertretung hinstellt, so kann nicht seine Meinung sein, daß das Testament schlechthin nichtig sein solle, weil alsdann nicht in jedem Falle die Intestaterbfolge für jene eröffnet sein würde, sondern nach Umständen auch die testamentarische Erbfolge nach einem früheren Testamente, mit Ausschließung der in diesem rechtmäßig enterbten Kinder, eintreten könnte. In cap. 4. a. E., betreffend die Ascendenten, sagt nun zwar das Gesetz wirklich zunächst: nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere, und fügt dann erst hinzu, daß Intestaterbfolge eintrete. Allein eine Verschiedenheit der Wirkungen in dem einen und dem anderen Falle hat der Gesetzgeber gewiß nicht gewollt; man ist also berechtigt anzunehmen, daß er hier mit diesen Worten dennoch nichts anderes ausdrücken wolle, als was wir in dem wichtigeren und häufigeren Falle des cap. 3. für den seiner Absicht und seinen Worten am besten entsprechenden Sinn erkannt haben; man ist dazu um so mehr berechtigt, als derselbe auch hier unbedingt sagt, daß Intestaterfolge eröffnet sein solle, diese aber bei absoluter Nichtigkeit des Testamentes nicht immer eintreten könnte. Auch können jene Worte sehr wohl den beschränkten Sinn haben, daß das Testament nur den Erbansprüchen der Notherben gegenüber keine Kraft haben solle, und die im folgenden Satze hinzugefügten, sonst völlig müßig stehenden Worte: rescisso testamento (ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης) deuten gerade deßwegen, weil die Ungiltigkeitserklärung schon vorausgeht, noch mehr, wie die entsprechenden Worte in cap. 3.: evacuato testamento (ἀκυρουμένης τῆς διαθήκης) darauf hin, daß die Ungiltigkeit des Testamentes nicht als absolute anfängliche Nichtigkeit zu verstehen sei. Unterstützt wird diese Annahme auch noch dadurch, daß nur die Erbeinsetzungen beseitigt werden, die übrigen Verfügungen des Testamentes bestehen bleiben sollen. Bei absoluter Nichtigkeit war

---

148) Brandis und v. Vangerow a. a. O.

solches bisher unerhört. Dagegen kam ein Verdrängen der eingesetzten Erben durch übergangene Notherben, unter Aufrechthaltung der Vermächtnisse oder doch eines bedeutenden Theiles derselben schon nach bisherigem Rechte häufig vor[149]), insbesondre war dieß bei der bonorum possessio contra tabulas der Fall[150]); an diese schließen sich daher die neuen erweiternden Bestimmungen näher an, als an die älteren civilrechtlichen über Präterition der sui heredes, welche völlige Nichtigkeit des Testamentes zur Folge hatte. Wäre das Testament als solches von Anfang an nichtig, also nicht geeignet, ein älteres Testament aufzuheben, so würde nun die Folge sein, daß die in diesem eingesetzten Erben die Erbschaft erhielten, aber die in diesem und in jenem hinterlassenen Vermächtnisse anerkennen müßten[151]), wenn aber wegen Destitution des älteren Testamentes dann doch Intestaterbfolge einträte, alle Vermächtnisse beider Testamente ungiltig würden. Auch dieß wäre gewiß nicht Justinian's Absicht gemäß[152]).

So sprechen also überwiegende Gründe gegen die Behauptung absoluter Nichtigkeit der Erbeinsetzungen. Nun hat man aber andererseits schon den Begriff einer blos relativen Nichtigkeit für unzulässig erklärt und als eine juristische Inconsequenz bezeichnet[153]). Allein offenbar ist das, was die Anhänger der sogen. relativen Nichtigkeit eigentlich wollen, keine juristische Unmöglichkeit und nicht ohne Analogie; es ist an sich sehr wohl denkbar, daß ein Rechtsgeschäft nicht absolut nichtig sei, gleichwohl aber unter bestimmten Voraussetzungen oder von bestimmten Personen ohne weiteres als nichtig behandelt werden könne, ohne daß es erst einer richterlichen Ungiltigkeitserklärung bedarf[154]). Mag immer=

---

149) So in dem Falle, wenn der Erblasser einen Notherben in der irrigen Voraussetzung, daß derselbe gestorben sei, übergangen hatte, nach L. 28. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 92. D. de her. instit. (28. 5.)

150) Vgl. oben Note 41, 42.

151) Nach L. 92. cit. sollte die im älteren Testamente eingesetzte, im späteren aus Irrthum übergangene Tochter Erbin werden und die im letzten (nicht auch die in dem früheren) Testamente angeordneten Vermächtnisse entrichten, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. Ein Gleiches behaupten wir nach Nov. 115. für die im späteren Testamente nicht gesetzlich ausgeschlossenen Kinder oder Eltern.

152) Er verordnet (cap. 3 u. 4. in f.), daß alle Verfügungen außer der Erbeinsetzung giltig sein sollen, als ob in diesem Stücke das Testament (und zwar als Testament; denn sonst könnte keine directa libertas, keine tutoris datio und Pupillarsubstitution giltig sein) bei Kraft bleibe (tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum, μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει). Damit verträgt es sich nicht, daß nun die Giltigkeit derselben von dem Schicksale eines anderen Testamentes abhängig sein oder die Vermächtnisse durch die Concurrenz mit den in einem älteren Testamente angeordneten nach der Lex Falcidia eine Schmälerung erleiden sollen.

153) Brandis a. a. O. S. 121 flg. v. Vangerow a. a. O.

154) Vgl. Savigny, System Bd. IV, S. 540, 541. Puchta, Pand. §. 67.

hin dagegen behauptet werden, dieß sei keine wahre Nichtigkeit, so ist dieß doch nur ein Streit über den Ausdruck; jenem Einwande entgehen diejenigen, welche sagen, die Erbeinsetzung sei nicht nichtig, aber rescissibel durch den bloßen Willen der übergangenen Notherben [155]).

Indessen besteht doch unter diesen Gegnern der absoluten Nichtigkeit noch eine erhebliche Meinungsverschiedenheit darin, daß einige die Nichtigkeit der Erbeinsetzungen schlechthin und von selbst eintreten lassen, wenn zur Zeit des Todes ein Notherbe vorhanden ist, der nicht eingesetzt oder rechtmäßig enterbt ist [156]), während nach einer anderen Ansicht jene nur dann nichtig werden, wenn der verletzte Notherbe von seinem Rechte, das Testament anzufechten, Gebrauch macht [157]), und nach einer dritten Ansicht selbst in diesem Falle nicht für alle Intestaterben, sondern nur für die nicht rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben die Erbfolge eröffnet wird [158]). Die erste dieser Ansichten unterscheidet sich von der Theorie der absoluten Nichtigkeit nur dadurch, daß sie die Erbeinsetzungen nicht von Anfang an für nichtig hält, sondern erst zur Todeszeit, wenn übergangene Notherben vorhanden sind, dann aber auch ipso iure, nichtig werden läßt, sowie nach der Ansicht der Proculianer das Testament, worin der suus präterirt war, nichtig wurde [159]). Demnach können nicht nur mit dem verletzten Notherben zugleich alle übrigen Intestaterben eintreten, sondern auch, wenn jener ohne die Erbschaft zu erwerben stirbt oder dieselbe ablehnt, können die mit ihm oder nach ihm berufenen Intestaterben als solche ihr durch die ipso iure eingetretene Nichtigkeit der Erbeinsetzungen entstandenes Recht geltend machen, und selbst wenn jener in dem Rechtsstreite über Ungiltigkeit des Testamentes unterlegen wäre, könnten diese noch, behauptend, daß derselbe ohne Grund enterbt sei, ihr Intestaterbrecht verfolgen, quia res inter alios iudicata aliis non praeiudicat. Der Vertheidiger dieser Ansicht verkennt zwar nicht die Bedenken, welche ihr entgegenstehen, und hält selbst für wahrscheinlich, daß Justinian bei seiner Verfügung nur die ausgeschlossenen Notherben vor Augen gehabt habe, glaubt sich aber nicht berechtigt, die allgemeinen Ausdrücke nach einer nur vermuthlichen

---

155) So Puchta, Pand. §. 493, Note i—l; vgl. §. 483 a. E., jedoch nur für den Fall, wenn kein Enterbungsgrund angegeben ist, indem er im anderen Falle die querela inofficiosi für nothwendig hält. Daher bezeichnet auch Holzschuher (Theorie und Casuistik des Civilrechtes II. S. 676) Francke's Princip mit Recht als das der Rescissibilität, obgleich dieser wie Bluntschli immer von Nullität (nur Bluntschli ausdrücklich von relativer Nullität) spricht, vermuthlich, weil sie bei Rescission immer an die querela inofficiosi und richterliche Ungiltigkeitserklärung denken.

156) Mühlenbruch a. a. O. S. 256 flg. Vgl. auch Witte, in diesem Werke Bd. I, S. 292—294.

157) Francke und Bluntschli a. a. O.

158) Puchta a. a. O.

159) Cai. II. 123.

Willensmeinung des Gesetzgebers einzuschränken, und findet es, wenn die einmal eingetretene Nichtigkeit ihre Wirkung auf alle Intestaterben erstrecken soll, consequent, dieß nicht erst davon abhängen zu lassen, ob der verletzte Notherbe von seinem Rechte Gebrauch macht. Allein in cap. 3. des Gesetzes sind ja die Ausdrücke wirklich nicht so allgemein, wie hier vorausgesetzt wird. Den enterbten Kindern, sagt es, soll das Testament nicht entgegenstehen, den Kindern soll durch Umstoßung desselben die Intestaterbfolge eröffnet werden, damit sie nicht ohne Grund in ihren Erbansprüchen verkürzt werden; es sagt nicht, daß auch andere Personen, die ab intestato erben könnten, denen aber der Testator keine solche Berücksichtigung schuldig war, zur Erbfolge gelangen sollen. Das Gesetz hat also hier seinen Worten nach gerade nur die Notherben im Auge, und man muß es erst hineinlegen, daß unbedingt und von selbst Intestaterbfolge eintreten solle. In cap. 4. deuten nun freilich die Ausdrücke eher darauf hin. Aber wenn man dieselben gleichwohl, um nicht anfängliche absolute Nichtigkeit der Erbeinsetzungen annehmen zu müssen, im Vergleich mit cap. 3. ebenfalls so verstehen kann, daß der Kaiser dabei keineswegs an alle und jede Intestaterben dachte[160]), so muß es ja auch hier gestattet sein, sie in gleicher Weise einschränkend zu erklären, da es ohnehin unzweifelhaft ist, daß der Kaiser die Ascendenten eben auch als nächste Intestaterben im Auge gehabt habe, also nicht allen und jeden, die, wenn jene wegfallen, Intestaterben werden könnten, die Erbschaft zuzusprechen. Hiernach möchte es nun scheinen, daß die letzte der oben angedeuteten Ansichten das Meiste für sich habe, wornach auch, wenn die verletzten Notherben ihr Recht geltend machen, dieß doch nicht den mit ihnen berufenen übrigen Intestaterben, die nicht ebenfalls Notherbrecht haben, zu Gute kommen würde; und dafür konnte man sich zudem auf die Analogie der b. p. contra tabulas berufen. Allein alsdann würde auch die Erbfolge der Notherben nicht, wie doch das Gesetz sie nennt, eine wahre Intestaterbfolge sein, sondern ähnlich der bonorum possessio contra tabulas oder dem altcivilrechtlichen ius accrescendi der Töchter und Enkel nur ein Mittelding zwischen testamentarischer und Intestaterbfolge, ein bloßes Verdrängen der eingesetzten Erben durch Einrücken der übergangenen Notherben, indem sie, allein an deren Stelle tretend, nach ganz anderem Verhältnisse erben würden, als im Falle wirklicher Intestaterbfolge. Zudem müßten doch jedenfalls die im Testamente eingesetzten gleichberechtigten Personen mit ihnen zur Erbfolge zugelassen werden, und endlich fehlt es auch der mittleren Ansicht nicht an einer Analogie im älteren Rechte, indem nach der richtigen Meinung die Rescission des Testamentes durch die querela inofficiosi testamenti regelmäßig die Eröffnung der Erbfolge für alle Intestaterben zur Folge hatte. Daran aber, daß dann die Nullität

160) So sagt Mühlenbruch selbst a. a. O. S. 258.

nur eine sehr beschränkte sei, braucht man sich nicht zu stoßen, indem man von dem Begriffe der Nullität ebensowohl wie von der Rescission durch querela inofficiosi gänzlich abstrahiren kann, und an sich es ebensowohl zulässig ist, daß erst durch die Erklärung der verletzten Notherben, als daß schon durch deren Existenz zur Zeit des Todes die Erbeinsetzung vernichtet und die Intestaterbfolge eröffnet werde, während es widerwärtig erscheinen muß, daß andere Personen berechtigt sein sollen, wider den Willen jener einen Prozeß zu erheben, wodurch darüber entschieden werden soll, ob sie verdienter Weise von der Erbschaft ausgeschlossen worden seien.

Nach allem diesem dürfen wir also als der Absicht des Gesetzgebers und zugleich den Worten des Gesetzes am meisten entsprechend Folgendes annehmen:

Die Verletzung der Vorschriften der Nov. 115. cap. 3. 4. bewirkt nicht unmittelbar Nichtigkeit der Erbeinsetzungen, sondern gibt nur den verletzten Notherben das Recht, dieselben durch die Erklärung, ihr gesetzliches Erbrecht behaupten zu wollen, zu beseitigen und dadurch die Intestaterbfolge herbeizuführen, ohne dazu der querela inofficiosi testamenti im Sinne des älteren Rechtes zu bedürfen.

Nun erhebt sich aber noch eine andere ebenso schwierige Streitfrage darüber, ob neben dem Rechte der Nov. 115. noch die Bestimmungen des älteren Rechtes über Präterition der sui heredes und der emancipirten Kinder als besonderes Recht dieser Classe von Notherben fortbestehen oder nicht? [161]).

Eine Partei der Rechtsgelehrten behauptet die fortdauernde Giltigkeit derselben neben der Nov. 115.; sie betrachtet diese als ein blos correctorisches Gesetz, welches das bisherige Recht nur theilweise abändere, namentlich in Ansehung aller pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten einige gemeinschaftliche neue Bestimmungen aufstelle, aber als correctorisches Gesetz auch nicht über diesen seinen wörtlichen Inhalt hinaus zu erstrecken sei, und daher das, was bisher nur für gewisse Classen von Descendenten insbesondre galt, unberührt lasse [162]). Man hat daher diese Theorie das Correctionssystem genannt, wofür jedoch von anderer Seite der wirklich passendere Name Additionalsystem vorgeschlagen worden ist. Dagegen nimmt eine andere Partei der Rechtsgelehrten an, Justinian habe durch seine Novelle ein durchgreifend gleichmäßiges Recht für alle pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten herstellen, die Vorschriften derselben nicht

---

161) Vgl. zur Dogmengeschichte nebst Bluntschli a. a. O. Mühlenbruch a. a. O. S. 298—339.

162) Vgl. die Literaturangaben bei Mayer, Erbr. I. S. 268—274, welcher selbst dieser Ansicht huldigt S. 262—274, wie die meisten Anhänger des Inofficiositätssystems; ebenso v. Vangerow, Pand. §. 485, und andere Anhänger des Nullitätssystems.

blos als ergänzenden Nachtrag jenem verschiedenartigen älteren Rechte hinzufügen, sondern an die Stelle desselben setzen gewollt[163]), und diese Theorie hat man denn das Derogationssystem genannt oder auch das Reformsystem[164]). Nach der ersten Theorie ist vor allem zu prüfen, ob die sui heredes und die im prätorischen Erbrechte ihnen gleichgestellten liberi den formellen Vorschriften des älteren Rechtes gemäß gehörig restituirt oder exheredirt sind. Ist dieß nicht der Fall, so ist entweder civilrechtlich das ganze Testament nichtig oder es kann wenigstens bonorum possessio dagegen stattfinden, wodurch der Inhalt desselben auch im weiteren Umfange vereitelt wird, als nach Nov. 115. Die Vorschriften dieses Gesetzes kommen nur dann in Betracht, wenn das Testament nicht schon wegen Präterition eines suus heres civilrechtlich völlig nichtig ist und auch bonorum possessio contra tabulas nicht eintritt, wenn z. B. ein suus heres förmlich exheredirt ist, aber ohne Angabe eines Enterbungsgrundes, oder wenn nur ein Descendent weiblicher Abstammung übergangen ist. Nach der anderen Theorie dagegen tritt in allen Fällen, wenn Descendenten, welcher Classe sie angehören mögen, nicht gehörig eingesetzt oder ausgeschlossen sind, nur die durch die Nov. 115. festgesetzte Wirkung ein, Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen mit Aufrechterhaltung aller Vermächtnisse und übrigen Verfügungen.

Welche von diesen Theorien nun an sich vorzuziehen wäre, darüber kann man nicht lange zweifelhaft sein. Die letzte gewährt einfache im wesentlichen befriedigende Resultate, sie beseitigt Unterschiede, die zu Justinian's Zeit keinen rechten Grund mehr hatten, schneidet dadurch eine Menge von schwierigen Verwickelungen ab und entspricht so dem practischen Bedürfnisse einer Zeit, welcher ein so verwickeltes, oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe noch schwieriges Recht ein Stein des Anstoßes sein mußte. Die erste dagegen läßt nicht nur gegen den Geist des neueren Rechtes alle jene Unterschiede bestehen, sondern vermehrt sogar noch die Verwickelung und führt Schwierigkeiten herbei, für die sich kaum eine Lösung finden läßt. Man setze z. B. den Fall: es sei ein suus heres exheredirt ohne Angabe des Enterbungsgrundes, ein emancipirtes Kind übergangen unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes, ein Tochterenkel und ein Ascendent zu Erben eingesetzt, ein anderer Tochterenkel übergangen, aber sonst noch eine Reihe

---

163) Unter den Neueren z. B. Bluntschli, Francke, Puchta, Mühlenbruch a. a. O., Gans, Erbr. II. S. 139—142, Blume, Grundr. des Pandektenrechtes, erste Aufl., Vorr. S. XXXVI, Hunger, Erbr. §. 69 und Andere.

164) Die Ausdrücke: Corrections- und Derogationssystem hat Mühlenbruch vorgeschlagen, Puchta die Ausdrücke: Additional- und Reformsystem; Bluntschli bezeichnete denselben Gegensatz durch die Worte: Enterbungs- und Ausschließungssystem. Uebrigens kommen unter den Anhängern der einen und der anderen Hauptansicht hier wie bei der Frage über die Rechtsmittel der Nov. 115. noch manche Verschiedenheiten in einzelnen Punkten vor.

von Vermächtnissen zu Gunsten fremder Personen angeordnet. Der enterbte suus und das übergangene Tochterkind konnten nach Nov. 115. das Testament anfechten, mußten aber die Vermächtnisse anerkennen; der übergangene emancipatus konnte c. t. b. p. agnosciren und dadurch auch die Vermächtnisse beseitigen, mußte aber den beiden eingesetzten Erben eine Virilportion lassen, von denen ab intestato nur einer miterben würde. Wie nun, wenn alle diese ihr Recht geltend machen wollen?

Nur ist es freilich nichts Unglaubliches, daß Justinian dennoch bei solchen Resultaten sich beruhigt habe und in seiner Reform schwächlicher Weise auf halbem Wege stehen geblieben sei; aber man darf doch dem Gesetzgeber, der sein Bestreben, das Erbrecht zu vereinfachen, in anderer Beziehung bald nachher durch Nov. 118. bethätigt hat, nicht die Verschuldung eines so erbärmlichen Flickwerkes aufbürden, wenn nicht der Inhalt des Gesetzes dazu nöthigt. Man beruft sich zwar auf den Grundsatz, daß ein neues Gesetz ältere Rechtsbestimmungen nur insofern aufhebe, als diese mit jenem unvereinbar seien, und daher im Zweifel vielmehr deren Fortdauer anzunehmen sei. Und allerdings hat man bei Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes darauf Rücksicht zu nehmen, welche Auslegung sich am besten dem bisherigen Rechte anfüge. Allein dieses ist nur ein Moment, welches in Betracht zu ziehen, welchem aber keine so überwiegende Bedeutung beizulegen ist, daß man eine durch den Inhalt nicht gebotene Auslegung des neuen Gesetzes, welche der Tendenz desselben nicht entspricht, und nach anderen Rücksichten, insbesondre im systematischen Zusammenhange, als unangemessen und unbefriedigend erscheint, dadurch allein gerechtfertigt halten könnte. Geboten ist aber jene beschränkende Auslegung der Nov. 115. durch deren Inhalt keineswegs; vielmehr führt die einfachere Auffassung desselben zu dem entgegengesetzten Resultate.

Man glaubt in der Novelle eine deutliche Anerkennung des bisherigen formellen Notherbenrechtes zu finden, indem sie in cap. 3. pr. sagt: non licere penitus patri vel matri — — liberos praeterire vel exheredes in suo facere testamento. Diese Unterscheidung wird freilich gemacht, weil es nach bisherigem Rechte eine doppelte Art der Ausschließung gab, eine stillschweigende und eine ausdrückliche, jene bei gewissen Descendenten genügend, diese bei anderen erforderlich. Beides soll in keinem Falle mehr erlaubt sein, wenn nicht ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben wird. Aber es läßt sich nicht behaupten, daß nun in diesem Gesetze auch noch das Verbot des einen ausschließlich auf diese, das Verbot des anderen ausschließlich auf jene Descendenten bezogen werde, indem dadurch in Beziehung auf alle Descendenten wesentlich nur ein Gebot der Erbeinsetzung bezweckt wird. Es ist willkürlich, das letztgenannte exheredes facere ausschließlich auf den erstgenannten Vater, das erstwähnte praeterire ausschließlich auf die nach diesem

genannte Mutter zu beziehen[165]), zumal da ohne Zweifel im gewöhnlichen Leben bisher schon das Wort Exheredation häufig auf Personen angewendet worden war, welche nicht förmlich enterbt zu werden brauchten, und nach dem neuen Gesetze bei Allen, deren Einsetzung nun vorgeschrieben ist, füglich davon die Rede sein kann. Dieß deutet auch die Novelle selbst an, indem sie in cap. 3. in fin. sagt: nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, wo nicht daran zu denken ist, daß dieses nur auf eine Classe der Descendenten, die nach älterem Rechte förmlich exheredirt werden mußte, zu beziehen sei[166]). Dasselbe geht ferner hervor aus cap. 4. pr., wo in Beziehung auf Eltern unterschieden wird: praeterire aut quolibet modo eos rebus propriis alienare (ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι)[167]). Es mag sein, daß man den letzten Ausdruck wählte, weil exheredatio im Sinne des bisherigen Rechtes bei Eltern nicht vorkam; gleichwohl entspricht er dem exheredes facere in cap. 3. und bezeichnet im Sinne der Novelle wesentlich dasselbe, im Gegensatze von praeterire[168]); es muß daher jenes in cap. 3. cit. nothwendig auf alle Descendenten bezogen werden, denn sonst hätte der Gesetzgeber dort sagen müssen: vel exheredes facere (sc. suos heredes et emancipatos) vel praeterire aut quolibet modo alienos facere (sc. ceteros liberos), wie in cap. 4. Damit stimmt ferner überein, daß der Kaiser in cap. 5. pr. als Zweck seines Gesetzes bezeichnet, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre, oder wie es nach dem Urtexte lauten sollte: iniuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollere (τὴν ὕβριν τῆς praeteritionος καὶ exheredatioνος τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνεεχῖν), wo unmöglich exheredatio nur auf eine Classe der Descendenten, praeteritio nur auf die übrigen Descendenten und auf die Ascendenten bezogen werden kann, um so weniger, als bald nachher von der Exheredation einer Tochter im Testamente der Mutter gesprochen wird[169]). Diese Enterbung der

165) Ebenso unzulässig ist dieß bei Julian's Uebertragung: Neque pater aut mater — — liberos suos praeteritos vel exheredatos faciant.

166) Man hat zwar gerade in diesen Worten eine Stütze für die entgegengesetzte Meinung finden wollen, weil darnach offenbar eine rite geschehene Exheredation vorausgesetzt werde, v. Vangerow a. a. O. S. 316; aber diese soll ja nur bei gewissen Descendenten vorkommen, also hätte es auch hier heißen müssen exheredatis vel praeteritis, damit sich der Satz auf alle Descendenten beziehen könne.

167) In Julian's Epitome ist übersetzt: praeterire vel alienos a substantia sua quocumque modo facere. Der Ausdruck alienus esse oder haberi ab hereditate findet sich z. B. auch in L. 22. C. de iure delib. (6. 30.) L. 3. pr. Th. Cod. ad leg. Cornel. de sicar. (9. 14.) Cf. L. 3. C. de lib. praet. (6. 28.)

168) Darum übersetzt auch Harmenopulus, nicht ungenau, sondern ganz richtig, ἀποκλήρους καταλιμπάνειν, im Gegensatze von ἀμνημονεύτους καταλιμπάνειν, d. i. praeterire.

169) Cap. 5. pr. Invenimus Pulcheriam filiam gratam quidem a sua genitrice fuisse dictam, exheredatam autem testamento nominatam tam in paternis quam in maternis facultatibus. Von beiden Eltern also war sie enterbt worden.

schönen Dame (Pulcheria), welche dem Kaiser zu seiner Neuerung den Anstoß gegeben, war keine Exheredation im Sinne des älteren Rechtes; er gibt also hier auf das unzweideutigste zu erkennen, daß er nicht von Begriffen und Unterscheidungen des letzten ausgeht, sondern vielmehr Exheredation und Präterition gleichmäßig auf alle genannten Personen bezieht. Dazu kommt nun noch als das entscheidendste Moment hinzu die Bestimmung in cap. 3. a. E. über die Wirkung, die mit den neuen Vorschriften verknüpft wird. Justinian setzt hier nicht nur, ohne irgend eine Unterscheidung anzudeuten, die Folgen der Nichtbeobachtung jener Vorschriften fest, sondern sagt auch vorher ausdrücklich: wenn wenigstens einer von den gesetzlich gebilligten Enterbungsgründen im Testamente angegeben sei und von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werde, so solle das Testament seine Kraft haben; er macht also nur davon die volle Giltigkeit des Testamentes abhängig. Das sogen. Correctionssystem schränkt dieses durch unnöthiges Herbeiziehen des älteren Rechtes gegen den nächstliegenden Sinn der Worte ein, indem ihm für gewisse Descendenten die Angabe und Bewahrheitung eines Enterbungsgrundes nicht genügt, wenn nicht zugleich eine Exheredation nach den Erfordernissen des bisherigen Rechtes vorliegt, und knüpft an einen Mangel in dieser Beziehung eine umfassendere Wirkung, als das Gesetz allgemein mit der Verletzung seiner Vorschrift verbindet, nämlich bald völlige Ungiltigkeit aller testamentarischen Verfügungen, bald wenigstens Vereitelung eines großen Theiles der Vermächtnisse, obgleich in cap. 4. a. E. gerade, was diese betrifft, noch ausdrücklich alle diesem neuen Gesetze widerstreitenden Bestimmungen des älteren Rechtes abrogirt werden.

Hieraus ergibt sich nicht nur, daß es an genügendem Grunde gebricht, neben der Novelle noch das ganze alte Recht der sui und emancipati, ungeachtet aller dagegen sprechenden inneren Gründe, festzuhalten, sondern zugleich auch widerlegt sich durch das Obige die Ansicht, nach welcher zwar die Folgen einer ungesetzlichen Ausschließung in allen Fällen keine anderen sein sollen, als welche die Novelle festsetzt, die Erfordernisse einer gesetzlichen Ausschließung aber für sui und emancipati nicht allein, wie bei anderen Descendenten, nach den besonderen Vorschriften des neuen Gesetzes, sondern zugleich auch nach den formellen Vorschriften des älteren Rechtes zu beurtheilen wären[170]. Beifallswürdiger möchte die entgegengesetzte Ansicht scheinen, nach welcher nunmehr nicht blos für sui und Emancipirte, sondern für alle pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten die im älteren Rechte für

170) Diese Ansicht wird ausführlich vertheidigt von Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 190—212, 222—230, der sich sonst zum Derogationssystem bekennt; und in dieser Art scheint auch das letzte in der Praxis vorherrschend Anerkennung gefunden zu haben. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 208 flg., 337 flg. Mayer a. a. O. §. 101, Anm. 7, 11.

jene aufgestellten Erfordernisse einer giltigen Einsetzung oder Enterbung, außer den durch die Novelle hinzugefügten, zu beobachten sein sollen [171]). Zur Begründung dieser Ansicht könnte man anführen, daß nun alle jene Personen Notherben im formellen Sinne geworden seien, eingesetzt oder enterbt werden müssen, die näheren Bestimmungen über die Erfordernisse einer giltigen Einsetzung oder Enterbung daher, so weit die Novelle nichts darüber festsetze, aus dem älteren Rechte in Betreff derjenigen Personen, bei welchen damals schon die Nothwendigkeit einer Einsetzung oder Enterbung bestand, zu entlehnen seien. Und eine Bestätigung dafür könnte man darin finden, daß die Novelle auch in Beziehung auf alle jene Personen von Exheredation spricht. Allein dieselbe legt das entscheidende Gewicht nur auf die Ausschließung mit Angabe eines wahren Enterbungsgrundes und erkennt dabei stillschweigend auch die Möglichkeit einer solchen Ausschließung an, die doch nach den Begriffen des bisherigen Rechtes nur Präterition wäre, indem sie Präterition und Exheredation mehrmals neben einander nennt. Auch passen die formellen Vorschriften des älteren Rechtes zum Theil so wenig mehr zu dem Geiste des neueren Rechtes, daß man sie eher zu beseitigen als auszudehnen geneigt sein möchte, zum Theil sind sie durch die materiell bedeutenderen neuen Vorschriften werthlos geworden. Daher sind wir nicht berechtigt, jene im ganzen in das Recht der Novelle zu übertragen [172]). Aber allerdings müssen wir, sofern dieses eine nähere Bestimmung im einzelnen bedarf, für die Entscheidung der sich ergebenden Fragen im älteren Rechte nöthigenfalls die Anhaltepunkte suchen und dessen Bestimmungen zur Richtschnur nehmen, soweit dieselben mit dem Inhalte und Zwecke des neuen Gesetzes wohl zusammenstimmen.

Keine Rede ist in der Novelle von dem bisherigen besonderen Rechte des Ascendenten, welcher den Erblasser emancipirt hatte, des parens manumissor. Man könnte daher dieses noch als besonderes Recht dieses Ascendenten für fortdauernd giltig ansehen. Allein wenn man auch annehmen müßte, daß dasselbe durch die Nov. 115. so wenig wie durch Nov. 118. aufgehoben sei, so ist doch kein Zweifel darüber, daß es nach heutigem Rechte unpractisch sei [173]). Dagegen ist ebenso unzweifelhaft, daß das besondere Recht der Geschwister und der dürftigen Wittwe sowie des Arrogirten, durch die Novelle nicht beseitigt worden und auch im geltenden Rechte noch anzuerkennen ist.

---

171) Puchta a. a. O. §. 493, Note e. f. Vgl. auch darüber Mayer a. a. O. Anm. 7.

172) Vgl. Bluntschli a. a. O. S. 245—252. Francke a. a. O. S. 361, 397 flg. Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 63.

173) Vgl. dieses Werk Bd. II, S. 343; Bd. V, S. 681 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 356—359.

Nach diesen Vorbereitungen wollen wir nunmehr versuchen

III. Das practische Notherbenrecht

im Zusammenhange darzustellen. Wir unterscheiden dabei nach Verschiedenheit der berechtigten Personen A. das Recht der Kinder und Eltern (Descendenten und Ascendenten), B. das Recht der Geschwister, C. das Recht der dürftigen Wittwe, D. das Recht des unmündig Arrogirten.

A. Das Recht der Kinder und Eltern.

Kinder und Eltern haben gegenseitig Anspruch auf einen Pflichttheil und auf Berücksichtigung bei der Erbeinsetzung. Beide Rechte sind stets mit einander verbunden; nur pflichttheilsberechtigte Descendenten oder Ascendenten können verlangen, zu Erben eingesetzt zu werden[174]), und wo das eine dieser Rechte ausgeschlossen ist, findet auch das andere nicht statt. Es steht aber

1) Dieses Notherbenrecht Kindern und Eltern nur unter der Voraussetzung zu, daß sie als solche, also nach Nov. 118. in der ersten beziehungsweise in der zweiten Classe, Intestaterben des Erblassers sein könnten[175]). Es findet also nicht statt zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Erzeuger[176]), wohl aber zwischen jenem und dessen Mutter oder mütterlichen Ascendenten[177]). Aber nicht alle, welchen jenes Intestaterbrecht zusteht, haben zugleich auch Notherbenrecht. Der vollkommen Adoptirte, so lange er der Adoptivfamilie angehört, hat es nicht gegen den natürlichen Vater, und der unvollkommen Adoptirte nicht gegen den Adoptirenden[178]), während es jenem gegen den Adoptivvater[179]), sowie auch dem von einer Frau adoptirten Kinde gegen diese Adoptivmutter[180]) allerdings zusteht. Von der anderen Seite muß man es consequent auch gegen das vollkommen adoptirte Kind dem Adoptivvater zugestehen, dem natürlichen Vater absprechen[181]), so lange das Adoptivverhältniß dauert[182]).

---

174) Nov. 115. cap. 3. pr. cap. 5. pr.

175) L. 6. pr. D. de inoff. test. (5. 2.) Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 683—690.

176) Wie Cuiac. ad nov. 18., opp. II. p. 1066., behauptete. Vgl. dagegen Francke a. a. O. S. 178.

177) L. 29. §. 1. D. l. c.

178) L. 10. pr. §. 1. 2. C. de adopt. (8. 48.)

179) L. 10. pr. §. 5. C. l. c.; ob auch der impubes arrogatus? Vgl. unten Note 364—368.

180) L. 29. §. 3. D. l. c. L. 5. C. l. c.

181) Arg. L. 10. pr. C. l. c.: et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.

182) L. 10. pr. in f. §. 2. C. l. c. L. 30. pr. D. l. c. In dieser Stelle hat man den Beweis finden wollen, daß der natürliche Vater gegen den noch der Adoptivfamilie angehörenden Sohn Pflichttheilsrecht habe, z. B. Francke a.

2) Diejenigen, welche im einzelnen Falle ein Notherbenrecht in Anspruch nehmen, müssen auch wirklich zu den nächsten Intestaterben des Verstorbenen gehören; ihr Notherbenrecht findet nicht statt, wenn sie durch andere obgleich nicht pflichttheilsberechtigte Personen von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sein würden, z. B. Ascendenten durch einen unvollkommen Adoptirten. Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher an der Erbschaft doch keinen Theil haben würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, sich nicht darüber beschweren könne, in diesem übergangen zu sein. Ihm würde ja auch die Rescission des Testamentes nichts nützen, durch welche nur Anderen die Intestaterbfolge eröffnet würde[183]); er würde, wenn die Erbeinsetzungen auch nach Nov. 115. beseitigt wären, doch nicht ab intestato erben[184]), und einen Pflichttheil kann er nicht fordern, weil dieser nur ein Theil desjenigen ist, was er als Intestaterbe erhalten würde, d. i. = nichts[185]). Hieraus ergibt sich nun von selbst, daß Ascendenten nicht zu berücksichtigen sind, wenn erbberechtigte Descendenten vorhanden sind, sowie, daß das Notherbenrecht von Descendenten entfernteren Grades durch das Dasein näherer Erben desselben Stammes, das Notherbenrecht entfernterer Ascendenten durch das Recht der Ascendenten näheren Grades schlechthin ausgeschlossen wird. Dagegen haben mehrere Pflichttheilsberechtigte, welche gleiches Intestaterbrecht haben, auch gleiches Notherbenrecht, und dieses besteht nicht minder, wenn auch andere nicht pflichttheilsberechtigte Personen als Intestaterben gleiches Recht haben.

3) Das Notherbenrecht findet statt, der Erblasser mag als homo sui oder alieni iuris ein Testament errichtet haben. Das besondere Recht des filiusfamilias in Betreff seines castrensischen und quasicastrensischen Vermögens[186]) ist aufgehoben[187]). Dagegen ist jenes auch jetzt noch ausgeschlossen gegen ein Pupillartestament und gegen ein Soldatentestament[188]).

---

a. O. S. 187 flg. v. Vangerow, Pand. II. S. 259; sie setzen ohne Grund voraus, daß das Adoptivverhältniß als noch fortdauernd gedacht werde.

183) L. 6. §. 1. D. l. c. Doch gründet gerade auf diese Stelle Puchta a. a. O. §. 488, Note f seine Behauptung, es komme nur darauf an, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden sei, der ein näheres Intestaterbrecht habe. Vgl. dagegen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 140—146.

184) Vgl. Nov. 115. cap. 3. 4. in f. und oben Note 156 flg.

185) Vgl. unten Note 191—200.

186) Vgl. oben Note 78.

187) Durch Nov. 115. cap. 4. pr., wie in Beziehung auf das peculium quasi castrense der Geistlichen ausdrücklich anerkannt ist in Nov. 123. cap. 19. Vgl. Francke a. a. O. S. 450 flg. Mühlenbruch a. a. O. B. 35, S. 216—219.

188) Vgl. oben Note 9, 76, 77. Cap. 1. in f. de testamentis in 6to.

4) Das Recht der Kinder und Eltern kann ausgeschlossen werden durch einen gesetzlich gebilligten Enterbungsgrund [189]). Dieser aber muß im Testamente ausdrücklich angegeben sein und von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werden. Zwar ist dieß in Nov. 115. ausdrücklich nur vorgeschrieben als Bedingung giltiger Ausschließung des Notherben von der Erbeinsetzung. Man könnte demnach glauben, wenn derselbe nur zum Erben eingesetzt sei, so könne ihm doch der Pflichttheil auch ohne Beobachtung jener Vorschriften durch ausdrückliche Verfügung verkürzt werden, wenn nur dieses durch einen nach dem älteren Rechte genügenden Grund gerechtfertigt werden könne. Allein dieß wäre der Absicht des Gesetzes offenbar zuwider; es will, daß ohne Angabe und Bewahrheitung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ein Notherbe nicht nur von der Erbeinsetzung nicht ausgeschlossen werde, sondern auch jedenfalls seinen ganzen Pflichttheil erhalte [190]).

5) Der Pflichttheil der Kinder und Eltern besteht in einer Quote des Vermögensbetrages, welchen sie als Intestaterben erhalten würden, und zwar in einem Dritttheile oder in der Hälfte desselben, je nachdem die Intestaterbfolge höchstens in vier oder in mehr als vier Theile sich spalten würde. So hat Justinian verordnet [191]), während bis dahin der Pflichttheil ohne Unterschied der Fälle nur ein Viertheil des Intestaterbtheiles betragen hatte [192]). Der Grund dieser Unterscheidung ist klar; wenn der Intestaterbtheil durch die Zahl der Concurrenten ohnehin schon klein ausfällt, so soll dieß durch Erhöhung der Quote einigermaßen aufgewogen werden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob diese Abänderung auch auf den Pflichttheil der Eltern zu beziehen sei? Das Gesetz spricht nämlich zunächst nur von Kindern des ersten Grades, und erklärt erst am Ende, daß dasselbe in Ansehung aller Personen gelten solle, welchen bisher der Anspruch auf die quarta legitima zugestanden [193]). Darin hat man nun nur eine Ausdehnung auf alle Descendenten finden wollen [194]), deren Vortheil der Gesetzgeber nach der Einleitung des Gesetzes allein im Auge habe, nicht auch auf die Ascendenten und andere Pflichttheilsberechtigte [195]). Allein mit Recht wird diese Erklärung als unbefugte Einschränkung der klaren und bestimmten

189) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 895—900.

190) Nov. 115. cap. 5. pr. Vgl. jedoch Francke a. a. O. S. 340, 341.

191) Durch Nov. 18. cap. 1.

192) §. 3. J. de inoff. test. (2. 18.) L. 8. §. 8. D. eod. L. 31. C. eod.

193) Cap. 1. cit. in fine: Hoc observando in omnibus personis, quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. So lautet wunderlich genug der Schlußsatz in der versio vulgata.

194) So hat schon Julian das Gesetz verstanden in der epit. nov. 34. Anders andere byzantinische Juristen: vgl. Heimbach, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. XIII. S. 407—415.

195) Ausführlich und scharfsinnig hat diese Meinung vertheidigt Marezoll, in ders. Zeitschr. I. 11. V. 12.

Worte des Gesetzes von den Meisten verworfen[196]), zumal da Justinian selbst anderwärts anzudeuten scheint, daß er seine Bestimmung allerdings auch auf den Pflichttheil der Ascendenten beziehe[197]). Auch das ist bestritten worden, daß der Pflichttheil jetzt noch in einer Quote des Intestaterbtheiles (portio portionis ab intestato) bestehe; Einige haben angenommen, derselbe betrage jetzt für alle Pflichttheilsberechtigte insgesammt jedenfalls ein Dritttheil, beziehungsweise die Hälfte des ganzen Vermögens des Erblassers, ohne Rücksicht auf die Zahl der concurrirenden Intestaterben. Aber auch diese Ansicht, welche, nur auf strengwörtliche Auslegung des Gesetzes sich gründend[198]), zu ganz ungereimten Ergebnissen führt[199]), wird mit Recht von den Meisten verworfen[200]).

6) Besteht der Pflichttheil in einer Quote des Intestaterbtheiles, welchen der Pflichttheilsberechtigte bekommen würde, so muß, um die Größe desselben im einzelnen Falle zu bestimmen, vor allem die Größe des Intestaterbtheiles ermittelt werden. Zu diesem Zwecke aber muß man alle Personen berücksichtigen, welche den Pflichttheilsberechtigten als Concurrenten bei der Intestaterbfolge beschränken würden, wenn gleich dieselben nicht auch pflichttheilsberechtigt sind. So muß namentlich der rechtmäßig Enterbte in dieser Beziehung mitgezählt werden, obgleich er für sich keinen Pflichttheil in Anspruch nehmen kann[201]); denn er würde bei der Intestaterbfolge durch seine Concurrenz den Erbtheil der pflichttheilsberechtigten Miterben verkleinern, und ganz ohne Grund wollen Manche hier auf den Enterbten gar keine Rücksicht nehmen, weil er in ganz anderer Beziehung pro mortuo habetur[202]). Ebenso

---

196) Vgl. Francke a. a. O. S. 208 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 238—256. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 27 flg.

197) Nov. 89. cap. 12. §. 3. Si vero habuerint aliquos ascendentium, legitimam eis relinquant partem, quam lex et nos constituimus.

198) Nov. 18. cap. 1. Si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed etiam propriae substantiae partem; si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo. Offenbar rechnet Justinian hier nur deßhalb auf diese Weise, weil er sich die Söhne als einzige Intestaterben denkt, und in diesem Falle das Resultat richtig ist. Ebenso macht er's schon in §. 7. J. de inoff. test. (2. 18.) rücksichtlich der quarta, die entschieden nur quarta portio ab intestato debitae portionis war, und gibt anderwärts zu erkennen, daß er nur diese bisherige quarta zur tertia oder dimidia pars erheben wollte. Nov. 18. cap. 2. Nov. 22. cap. 48. Nov. 39. cap. 1.

199) Der Pflichttheil eines Ascendenten z. B., der mit mehr als zwei Brüdern der nächste Intestaterbe wäre, würde darnach mehr betragen, als sein Intestaterbtheil.

200) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 37—52. Francke a. a. O. S. 211 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 256—263.

201) Exheredatus partem facit. L. 8. §. 8. D. de inoff. test.

202) L. 5. §. 2. D. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.) Cf. L. 10. §. 4.

müssen auch Andere, welche gleiches Intestaterbrecht, aber kein Pflichttheilsrecht haben, mitgezählt werden, z. B. der minus plene adoptatus neben anderen Kindern, Geschwister neben den Eltern; nicht minder derjenige, welchem wegen Unwürdigkeit die Erbschaft entrissen würde, ausgenommen, wenn dieß zum Vortheile der Miterben der Fall wäre, in welchem Falle der Erbtheil der letzten durch das Miterbrecht des ersten in der That keine Schmälerung erleidet[203]). Auch die dürftige Wittwe ist mitzuzählen, als welche nicht nur zur Intestaterbfolge mitberufen wird, sondern ihren gesetzlichen Erbtheil sogar als Pflichttheil trotz dem Testamente in Anspruch nehmen kann, wenn gleich ihr derselbe auch durch Vermächtniß zugewendet werden darf[204]). Dagegen kann derjenige, welcher schon bei Lebzeiten des Erblassers, nicht erst nach dessen Tode[205]), auf sein künftiges Erbrecht giltig Verzicht geleistet hat, was freilich nach römischem Rechte nicht stattfindet[206]), gar nicht mehr in Betracht kommen, da er durch jenen Verzicht aus der Reihe der Intestaterben völlig ausgeschieden ist[207]).

7) Dieselben Personen, welche als concurrirende Intestaterben in Betracht kommen, um die Verhältnißzahl für den Intestaterbtheil des Pflichttheilsberechtigten zu bestimmen, müssen auch mitgezählt werden, wenn sich fragt, ob nun der Pflichttheil ein Dritttheil oder die Hälfte dieses Intestaterbtheiles ausmache? Daher die Regel: exheredatus partem facit ad minuendam legitimam, numerum facit ad augendam legitimam[208]). Einige Schwierigkeit macht hier freilich das Erbrecht der dürftigen Wittwe. Der Erbtheil derselben soll nämlich höchstens 100 Pfund Goldes betragen, kann also möglicher Weise viel weniger betragen, als ein Kopf- oder Stammtheil der übrigen Intestaterben,

---

D. de b. p. c. t. (37. 4.) Hier wird dem enterbten Sohne die Theilnahme an der bonorum possessio contra tabulas abgesprochen. Vgl. Glück a. a. O. S. 125—129. Francke a. a. O. S. 212—215.

203) Mühlenbruch a. a. O. S. 263—265.

204) Bd. V, S. 697. Inconsequent ist es, wenn Manche auf diese Concurrenz der Wittwe gar keine Rücksicht nehmen wollen, indem darnach der Intestaterbtheil der Pflichttheilsberechtigten offenbar zu hoch angenommen wird. Wenn dagegen Andere den der Ehegattin gebührenden Erbtheil als Schuld von der Masse abziehen, so führt dieß in der hier in Frage stehenden Beziehung zu demselben Resultate. Uebrigens ist dasselbe, was von dem Erbrechte der dürftigen Wittwe gilt, auch auf die teutschrechtliche statutaria portio der überlebenden Ehegattin anzuwenden. Vgl. Glück a. a. O. S. 100 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 170 flg. und unten Note 209, 358—360.

205) Glück a. a. O. S. 137—139.

206) L. 16. D. de suis et legit. (38. 16.) L. 3. C. de collat. (6. 20.) Cf. L. 35. §. 1. C. de inoff. test. (3. 28.) Vgl. jedoch L. 1. §. 3. D. si quis a parente manum. (37. 12.)

207) Francke a. a. O. S. 217—219. Mühlenbruch a. a. O. S. 265—270. Jedoch sind Viele anderer Meinung, Glück a. a. O. S. 130—137.

208) Vgl. Note 201, 202.

und man könnte nun Anstoß daran nehmen, daß der Zutritt einer fünften Intestaterbin, die doch nur einen kleineren Intestaterbtheil in Anspruch nehmen kann, dieselbe Wirkung zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten haben solle, als wenn noch ein völlig gleichberechtigter Concurrent vorhanden wäre. Allein diese Incongruenz der Zahlenverhältnisse kann uns nicht berechtigen, daß wir nun umgekehrt einen solchen Concurrenten zum Nachtheile des Pflichttheilsberechtigten für keinen ansehen, und diesem nur Anspruch auf ein Dritttheil geben, als ob nur drei andere mit ihm concurrirten, während doch mehr als drei Concurrenten vorhanden sind[209]).

8) Schwierig ist die Anwendung des in Nov. 118. aufgestellten Berechnungsprincips, wenn Enkel oder Urenkel u. s. w. allein oder mit Kindern des ersten Grades zusammen die nächsten Intestaterben wären. Es ist offenbar verkehrt, hier allein auf die Zahl sämmtlicher Concurrenten Rücksicht zu nehmen, um zu entscheiden, ob der Pflichttheil ein Dritttheil oder die Hälfte des Intestaterbtheiles sei; denn wenn z. B. ein Sohn mit den Kindern eines anderen Sohnes zusammentrifft, so ist es für jenen ganz gleichgiltig, ob die Zahl der letzten größer oder geringer ist, da sein Intestaterbtheil jedenfalls die Hälfte befaßt, also fehlt es an jedem Grunde, ihm eine höhere Quote desselben als Pflichttheil zuzusprechen, wenn vier oder mehr Neffen mit ihm zusammentreffen, die doch ihm gegenüber nur einen Stamm bilden. Daher haben die Meisten angenommen, es komme nur auf die Zahl der Stämme an, deren jeder einen Sohn oder eine Tochter repräsentire[210]), und nur in dem Falle, wenn blos Enkel **eines** Stammes vorhanden sind, haben Viele dennoch die Zahl der Enkel für entscheidend gehalten[211]). Das letzte ist offenbar inconsequent und führt zu dem absurden Resultate, daß fünf Enkel, wenn sie ganz allein sind, die Hälfte ihres Intestaterbtheiles als Pflichttheil fordern können, wenn aber noch drei Söhne außer ihnen vorhanden sind, die ihren Intestaterbtheil schon um $^3/_4$ verkleinern, nur ein Dritttheil desselben. Das erste dagegen scheint ganz angemessen. Sowie die Enkel von einem Sohne zusammen den Intestaterbtheil ihres vorverstorbenen Vaters bekommen, so haben sie auch zusammen Anspruch auf den Pflichttheil, welcher diesem gebührt hätte, wovon dann für jeden derselben sein Antheil zu berechnen ist; mehr könnten sie ja auch als Erben ihres Vaters nicht in Anspruch nehmen. Auch schließt sich diese Meinung ganz leicht an die Bestimmung des Gesetzes selbst an, indem sie nur den Pflichttheil, der sich nach diesem für je ein Kind des ersten Grades ergibt, auf die von diesem

---

209) Vgl. **Mühlenbruch** a. a. O. S. 271.

210) Vgl. **Glück** a. a. O. S. 60—63. **Möller**, vom Pflichttheil II. S. 56 flg. **Valett**, Notherbenrecht §. 46. **Thibaut**, Pand. §. 811. **Seuffert**, Pand. §. 653.

211) S. **Glück** a. a. O. S. 64, 65.

abstammenden Kinder entfernteren Grades herunterfallen läßt. Allein Andere finden es dem Geiste des Gesetzes zuwider, daß auf die Zahl der Enkel eines Stammes nichts ankomme, daß also der Pflichttheil der fünf Enkel von fünf Söhnen die Hälfte, der Pflichttheil der zwölf Enkel von einem Sohne nur ein Dritttheil des Intestaterbtheiles sein soll, während doch hier der letzte schon für jeden viel kleiner ist wie dort. Vielmehr, behauptet man, sei, was für das Ganze festgesetzt ist, analog auch wieder auf jeden Stammtheil anzuwenden, also, wenn dieser für sich wieder in mehr als vier Theile sich spalte, ebenfalls der Pflichttheil der Descendenten dieses Stammes auf die Hälfte zu erhöhen, wenn gleich der Stämme oder Hauptheile nicht mehr als vier sind [212]). Demnach würde der Pflichttheil der vier Enkel eines Stammes nur $^1/_3$ ihres Intestaterbtheiles ausmachen, d. i. $^1/_{24}$ der Erbschaft für jeden, der Pflichttheil der fünf Enkel des anderen Stammes aber $^1/_2$ ihres Intestaterbtheiles, also $^1/_{20}$ der Erbschaft für jeden derselben, und wenn vier Enkel von einem Sohne mit drei anderen Söhnen zusammenträfen, so würde jeder von jenen auch nur $^1/_3$ seines Intestaterbtheiles, der nur $^1/_{16}$ der Erbschaft beträgt, also $^1/_{48}$ verlangen können, wenn aber mit einem Sohne fünf Enkel von einem anderen Sohne concurrirten, so würde jedem von diesen $^1/_2$ seines Intestaterbtheiles, der doch $^1/_{10}$, also mehr als dort, beträgt, d. i. $^1/_{20}$ der Erbschaft als Pflichttheil gebühren. Befriedigender ist daher die Meinung derjenigen, welche annehmen, daß der Pflichttheil allemal auf die Hälfte des Intestaterbtheiles steige, wenn dieser selbst weniger als $^1/_4$ der ganzen Erbschaft ausmache, wornach denn schon bei der Concurrenz von drei Enkeln eines Stammes mit einem Sohne der Pflichttheil der ersten in der Hälfte ihres Intestaterbtheiles (= $^1/_{12}$ der Erbschaft) bestände, während der Sohn nur $^1/_3$ seines Intestaterbtheiles (= $^1/_6$ der Erbschaft) begehren könnte [213]). Dasselbe Princip muß übrigens auch bei der Berechnung des Pflichttheiles der Ascendenten zur Anwendung kommen, sei es daß sie in lineas oder in Concurrenz mit Geschwistern und Geschwisterkindern in capita (beziehungsweise in stirpes) theilen würden [214]).

9) Um den Vermögensbetrag des Pflichttheiles im einzelnen Falle festzustellen, muß der Gesammtwerth des Vermögens, von welchem derselbe zu gewähren ist, nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes

212) Mühlenbruch a. a. O. S. 272—276.

213) Schömann, Handb. II. S. 75 flg., Francke a. a. O. S. 221 flg. (welche jedoch Mühlenbruch für übereinstimmend mit seiner Meinung hält), Weber zu Höpfner §. 473 b, am bestimmtesten v. Vangerow, Pand. §. 475.

214) Ueber verschiedene Meinungen Anderer vgl. Glück a. a. O. S. 52 —60.

des Erblassers ausgemittelt werden[215]); durch eine später erst eintretende Vermehrung oder Verminderung des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens des Erblassers wird der Vermögensbetrag des Pflichttheiles an sich nicht erhöht oder vermindert. Jenes aber muß in derselben Weise geschehen, wie es zum Zwecke der Berechnung des falcidischen Viertheiles geschieht[216]), wobei es ja auch auf den Zeitpunkt des Todes ankommt[217]). Es müssen also auch hier, nachdem man den Gesammtbetrag der Activa des Vermögens aufgefunden hat, davon vor allen die Schulden und die Kosten der Leichenbestattung abgezogen werden[218]). Die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse aber werden natürlich nicht abgezogen, da sie noch zum Vermögen, das der Erblasser zur Todeszeit hinterläßt, gehören und durch sie eben der Pflichttheil beeinträchtigt werden kann; vielmehr muß gleich dem Gegenstande der eigentlichen Vermächtnisse auch Alles dasjenige noch bei Berechnung des Gesammtvermögens mit in Anschlag kommen, was erst durch den Tod des Erblassers unwiderruflich einem Anderen aus dessen Vermögen erworben wird, wie die Schenkung auf den Todesfall oder Schenkung an den Ehegatten[219]). Uebrigens kann der Pflichttheilsberechtigte verlangen, daß zur Feststellung des Vermögensbetrages ein ordnungsmäßiges Inventar aufgenommen werde, und dieses Recht kann ihm auch durch eine im Testamente enthaltene eidliche Schätzung des Vermögens nicht benommen werden. Zwar verordnet Justinian, daß die Erben unter sich eine solche Angabe anerkennen sollen[220]); aber so wenig die Gläubiger der Erbschaft dieser Angabe Glauben zu schenken gehalten sind[221]), ebensowenig können die Pflichttheilsberechtigten als solche daran gebunden sein, indem sie ein von der Willkür des Erblassers unabhängiges Recht in Anspruch nehmen, welches auf jene Weise absichtlich oder unabsichtlich leicht geschmälert werden könnte.

10) Der Pflichttheil kann dem Berechtigten sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung, und so denn auch zum Theil durch diese, zum Theil durch jene zugewendet werden[222]). Alles was demselben auf den Todesfall aus dem

215) L. 6. C. de inoff. test. (3. 28.) Quum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur. Cf. L. 44. §. 2. D. de bonis libert. (38. 2.)

216) Vgl. dieses Werk Bd. VI, S. 313, 314, Note 278—290.

217) §. 2. J. de lege falcid. (3. 22.)

218) L. 8. §. 9. D. de inoff. test. Cf. §. 3. J. l. c. Nach römischem Rechte wurde auch hier der Werth der freigelassenen Sclaven bei Abschätzung des Vermögens nicht mit in Anschlag gebracht. L. 8. §. 9. cit. Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 314, Note 293. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 288.

219) L. 5. 12. C. ad leg. falcid. (6. 50.)

220) Nov. 48. cap. 1.

221) Nov. 48. cap. 2.

222) §. 6. J. de inoff. test. L. 8. §. 6. D. eod. L. 33. pr. Cf. L. 36. pr. C. eod.

Vermögen des Erblassers zugewendet wird, muß er sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen, wenn dieß auch in der betreffenden Verfügung nicht ausgesprochen ist. Aber auch nur das, was ihm aus dem Vermögen des Erblassers zukommt, kann ihm angerechnet werden, also z. B. nicht, was ihm conditionis implendae causa von einem Anderen gegeben wird 223), oder was er durch Pupillarsubstitution als Erbe des Kindes, nicht des Vaters, erhält, und nur das, was er durch eine ihn bedenkende Zuwendung des Erblassers, also z. B. nicht, was er zufällig als Erbe des Erben erlangt 224). Wenn nun die Frage entsteht, ob dasjenige, was dem Berechtigten zugewendet ist, dem Betrage des Pflichttheiles gleichkomme oder wie weit es denselben decke, so muß auch dieses nach seinem Werthe zur Zeit des Todes geschätzt werden, ebenso wie bei Berechnung der Falcidia auch der Werth der Legate nach der Todeszeit zu schätzen ist; der Pflichttheilsberechtigte muß zufrieden sein, wenn er zur Todeszeit mit der gesetzlichen Quote von dem jetzt vorhandenen Vermögen bedacht ist. Ob der Werth der ihm zugedachten Vermögensobjecte durch spätere zufällige Umstände zu- oder abnimmt, das kann auf die Entscheidung darüber, ob und wie weit sein Pflichttheil dadurch gedeckt sei, ebensowenig Einfluß haben, als die Berechnung seines Betrages durch spätere Mehrung oder Minderung des ganzen erbschaftlichen Vermögens verändert wird. Hieraus ergibt sich nun von selbst, daß es einer Berechnung des Pflichttheiles gar nicht bedarf, wenn dem Berechtigten der ganze Pflichttheil unbeschwert durch Erbeinsetzung zugewendet ist, wenn er ohne andere Belastung ausdrücklich auf ein Dritttheil beziehungsweise die Hälfte seines Intestaterbtheiles oder auch schlechthin auf seinen Pflichttheil zum Erben eingesetzt ist. Denn alsdann ist es durch das bloße Zahlverhältniß seines testamentarischen Erbtheiles entschieden, daß er mit dem gehörigen Theile des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens wirklich bedacht worden sei, und wenn ihn auch als Miterben zu seinem Theile die später eintretende Vermögensminderung der Erbschaft mitbetrifft, so kann er deßwegen nicht behaupten, daß ihm nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen worden sei, sowie andererseits nicht behauptet werden kann, daß er mehr als den Pflichttheil erhalten habe, wenn das erbschaftliche Vermögen, und somit auch sein Erbtheil später einen Zuwachs erhalten hat 225).

---

223) Arg. L. 36. 38. D. de m. c. donat. (39. 6.) Nicht entgegen L. 8. §. 10. D. de inoff. test.

224) Arg. L. 36. pr. C. l. c.

225) Francke a. a. O. S. 226 flg. Gänzlich verfehlt ist, was Mühlenbruch a. a. O. S. 277—282 dagegen bemerkt. Er behauptet, der ausdrücklich auf den Pflichttheil Eingesetzte gewinne nicht durch den Zuwachs der Erbschaft, und verliere nicht durch den Abgang, der auf die Pflichttheilsquote, ohne diese als solche zu bezeichnen, Eingesetzte aber nehme zwar an der Vermögensvermehrung Theil, werde aber von der Verminderung nicht betroffen. Aber er vergißt uns zu sagen, auf welchen Zeitpunkt es denn hier ankomme? auf den der

Wenn dagegen dem Pflichttheilsberechtigten bestimmte Vermögensgegenstände vermacht worden sind, so müssen diese nach ihrem Werthe zur Todeszeit geschätzt werden, um zu erkennen, inwieweit dadurch seinen Pflichttheilsansprüchen Genüge geleistet sei, und auch hier kann er dann nicht mehr, als nach dem dermaligen Werthe am Pflichttheil noch fehlte, fordern, wenn jener Werth später eine Minderung erleidet; es kann ihm aber auch nicht angerechnet werden, wenn derselbe durch irgend einen Zuwachs, z. B. Früchte oder Alluvion und ähnliche Accessionen oder auch durch Preisveränderung später erhöht wird, so wenig, wie es seinen Anspruch ändert, wenn das Werthverhältniß jener Gegenstände zu dem Gesammtbetrage des Vermögens durch eine später eintretende Mehrung oder Minderung des letzten geändert wird. Aber natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß ihm die fraglichen Vermögensgegenstände auch rechtsgiltig und unentziehbar wirklich erworben seien. Wenn ihm daher das Gegebene später evincirt wird, so kann er allerdings Ersatz dafür fordern, so weit ihm nur an dem Pflichttheile etwas fehlt, indem er nur scheinbar das Gebührende erhalten hat[226]); und auch dabei kann ihm als Ersatz nicht angerechnet werden, was er etwa durch Zuwachs des wirklich Erworbenen (iure adventitio) mehr gewonnen hat, als dieses ursprünglich werth war[227]). Aus demselben Gesichtspunkte erklärt sich wohl auch, daß dem Pflichttheilsberechtigten auch das nicht angerechnet werden soll, was er hinterher durch Substitution, namentlich wechselseitige, oder Anwachsungsrecht zu dem ursprünglich ihm angewiesenen Erbtheil oder Vermächtniß hinzuerworben hat; denn dieses ist nur als eine durch zufällige Umstände herbeigeführte Accession des letzten anzusehen, welche zur Zeit des Todes als etwas ganz Ungewisses nicht in Anschlag kommen konnte, wenn nicht schon damals der Fall der Substitution oder Anwachsung eingetreten war[228]).

Erbschaftsantretung? warum? Der Eingesetzte kann ihn ja willkürlich verschieben; oder auf den der Erbtheilung? Die Erben können ja willkürlich lange in Gemeinschaft bleiben; oder soll der Eingesetzte für alle Zeit, wenn das Erbschaftsgut eine Minderung erleidet, dafür Ersatz von den Miterben fordern können? Mühlenbruch stützt sich auf L. 44. §. 2. D. de bon. lib. (38. 2.), aber diese Stelle beweist nach richtiger Erklärung nicht für, sondern gegen ihn. Non potest, sagt sie, patronus propterea queri, quod minus habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus; also war der Patron nicht auf den (ganzen) Pflichttheil eingesetzt; und wenn er sich nur beschwert, daß er minus habeat in servo, so muß er doch einigen Antheil an dem Sclaven haben, nämlich nach Maßgabe des geringeren Erbtheiles, zu dem er wirklich eingesetzt ist.

226) L. 36. pr. C. de inoff. test.

227) L. 36. pr. cit.: repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris non si quid ex aliis causis lucratus est.

228) L. 36. pr. cit.: vel ex substitutione vel ex iure accrescendi, utputa ususfructus; humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi iure ad-

11) Was dem Notherben schon bei Lebzeiten des Erblassers, nicht mortis causa, aus dessen Vermögen zugewendet ist, wird ihm regelmäßig in den Pflichttheil nicht eingerechnet. Diese Regel leidet jedoch eine Ausnahme in Ansehung der Schenkung unter Lebenden, wenn dieselbe mit dieser Bestimmung gegeben worden ist[229]), in Ansehung der dos und propter nuptias donatio, welche der Notherbe von dem Erblasser als seinem Ascendenten früher erhalten hat[230]), und in Ansehung des Werthes der militia, welche der Erblasser dem Notherben gekauft oder zu deren Ankauf er ihm das Geld gegeben hatte[231]). Einige wollen außerdem alle Schenkungen anrechnen, wenn einem anderen Pflichttheilsberechtigten dos oder donatio propter nuptias angerechnet werde[232]); aber diese Meinung beruht lediglich auf einem nicht nur an sich unzulässigen, sondern auch von Justinian ausdrücklich für verwerflich erklärten Schlusse von der Collationsverbindlichkeit auf das Pflichttheilsrecht[233]). Ebenso ist es denn auch ungegründet, in den Pflicht-

---

ventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri. Ueber diese Stelle vgl. besonders Donell. comment. lib. XIX. cap. 4. §. 35. Francke a. a. O. S. 230—235. Mühlenbruch a. a. O. S. 295—301. Der erste will sie lediglich auf den Fall fideicommissarischer Substitution bei Vermächtnissen und auf das ius accrescendi beim Nießbrauch beziehen, also auf Fälle, wo der Pflichttheilsberechtigte nur mittelbar das einem Anderen zuvor Erworbene erhalte. Die beiden anderen verstehen sie blos von eigentlicher Substitution (substitutio vulgaris) und dem Anwachsungsrechte überhaupt, aber beides nur mit Beschränkung auf Vermächtnisse. Einen genügenden inneren Grund für diese Beschränkung führen sie nicht an, und Mühlenbruch räumt sogar ein, daß es keinen gebe; denn wer könnte Justinian's Anordnung wohl mit Recht als eine unverständige tadeln, wenn seine Meinung in der That ganz unbedingt darauf gegangen wäre, daß der Notherbe nichts von dem einrechnen dürfe, dessen Erwerb für ihn von bloßen Zufälligkeiten abhängt?

229) §. 6. J. de inoff. test. L. 25. pr. D. h. t. L. 35. §. 2. C. h. t.

230) L. 29. C. h. t. von Zeno. Anders nach älterem Rechte: L. 1. Cod. Gregor. h. t.

231) L. 30. §. 2. C. h. t. von Justinian. Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 846, Note 201. Ohne Grund hat man dieß allgemein anwenden wollen, wenn überhaupt etwas zum Ankaufe einer käuflichen Sache gegeben sei. Schweppe, Privatrecht §. 960.

232) Glück a. a. O. S. 95, in Uebereinstimmung mit Westphal, von Testamenten §. 394b—396. Vgl. auch Cuiac. ad §. 6. J. l. c. not. 15. opp. I. p. 120.

233) L. 20. pr. C. de collat. (6. 20.) Regula ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere etiam illa, quae conferuntur, omnimodo in quartam partem his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. Erst in L. 20. §. 1. l. c. folgt dann die Bestimmung über Collation der Schenkungen unter der gegebenen Voraussetzung; es ist aber nirgendwo, insbesondre auch nicht im mindesten in §. 6. J. cit., specialiter expressum, daß dieselben im ähnlichen Falle in den Pflichttheil einzurechnen seien, und dieß ist daher um so weniger anzunehmen, da der letzte Fall dem

theil einzurechnen, was ein Ascendent dem Notherben zu seiner Ausstattung oder zur Einrichtung einer gesonderten Wirthschaft hergegeben hat, oder den Enkeln anzurechnen, was ihrem vorverstorbenen parens könnte auf dessen Pflichttheil angerechnet werden oder von diesem zu conferiren wäre[234]). Von selbst übrigens versteht es sich, daß, wenn eine bei Lebzeiten geschehene Zuwendung dem Notherben in seinen Pflichttheil eingerechnet wird, der Betrag derselben auch bei der Vermögensschätzung mit in Anschlag kommen muß, um die Größe des Pflichttheiles zu bestimmen, indem es in der einen Beziehung sowohl wie in der anderen so anzusehen ist, als ob dieser Vermögensbetrag noch zur Zeit des Todes in der Erbschaft sich vorfände.

12) Dasjenige, was nach den bisherigen Bestimmungen dem Notherben zur Befriedigung seiner Pflichttheilsansprüche zur Todeszeit noch gebührt, muß demselben vollständig, ohne Beschränkung durch Zeitfristen und Bedingungen und ohne Belastung mit anderen Auflagen, sofort gewährt werden. Nach älterem Rechte hatte die Schmälerung des Pflichttheiles durch dergleichen Nebenbestimmungen und Auflagen die Folge, daß der Notherbe, ebenso wie wegen jeder anderen Schmälerung das Testament durch inofficiosi querela anfechten konnte. Nachdem aber Justinian verordnet hatte, daß überhaupt wegen bloßer Schmälerung, nicht völliger Vorenthaltung, des Pflichttheiles jene Klage nicht mehr stattfinden, sondern nur Ergänzung des Pflichttheiles gefordert werden sollte[235]), so wollte er consequent auch wegen einer Schmälerung der oben bezeichneten Art nicht mehr Ungiltigkeit des Testamentes eintreten lassen, und da nun hier der Mangel sich auf keine andere Art leichter beseitigen ließ, so bestimmte er, daß jede solche Nebenbestimmung einer zu Gunsten des Notherben getroffenen Verfügung, so weit dadurch die Entrichtung des Pflichttheiles ins Ungewisse gestellt oder verzögert oder in ihrer Wirkung verkürzt würde, schlechthin ungiltig sein solle[236]). Der ganze Pflichttheil soll sofort und unverkürzt entrichtet werden, und die Beschränkung gilt nur in Ansehung des Uebrigen, sofern die Verfügung mehr als den Pflichttheil begreift. Wenn daher z. B. einem Erben die künftige Restitution der Erbschaft an den Notherben auferlegt ist, so muß diesem der Pflichttheil sofort übergeben werden und nur in Betreff des übrigen Theiles

---

ersten in der That gar nicht einmal analog ist. Vgl. Francke a. a. O. S. 239—242. Mühlenbruch a. a. O. S. 305—315.

234) Francke a. a. O. S. 242 flg.

235) L. 30. 31. C. h. t.

236) L. 32. C. h. t. Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

der Erbschaft tritt die fideicommissarische Restitution erst später ein[237]); oder wenn der Notherbe zum Erben eingesetzt, der Wittwe des Erblassers aber der Nießbrauch der Erbschaft hinterlassen ist, so erhält jener den Pflichttheil frei vom Nießbrauche, dieser beschränkt sich auf die übrigen Erbtheile[238]), und wenn dem eingesetzten Notherben ein Universalfideicommiß auferlegt ist, vermöge dessen er die Erbschaft später, etwa zur Zeit seines Todes, einem Anderen restituiren soll, so hat er das Recht, die Pflichttheilsquote der Erbschaft jedenfalls rein und unbeschwert für sich zu behalten, wenn gleich er durch den Fruchtgenuß der ganzen Erbschaft bis zu deren Restitution so viel gewinnen könnte, daß es dem Pflichttheile und dessen Früchten gleichkommt[239]). Aus der Vorschrift der L. 32. C. h. t. ergibt sich ferner von selbst, daß jede Bedingung der Erbeinsetzung des Notherben ungiltig und für nicht hinzugefügt zu achten sei, insofern durch diese Erbeinsetzung demselben der Pflichttheil zugewendet wird[240]). Dieß kann jedoch auf eine Vulgarsubstitution des Notherben keine Anwendung finden, so daß man etwa diese als eine gewöhnliche bedingte Erbeinsetzung ansehen und nun die Bedingung als nicht hinzugefügt behandeln könnte, wodurch der Substitut in die Reihe der instituti hinaufgerückt würde. Vielmehr kommt diese Vulgarsubstitution, wenn nicht der institutus schon zur Todeszeit weggefallen ist, als Mittel der Hinterlassung des Pflichttheiles gar nicht in Betracht; demjenigen, der nur als Substitut eingesetzt und sonst gar nicht bedacht ist, ist noch kein Theil des Pflichttheiles hinterlassen und daher ist es ihm auch auf den Pflichttheil nicht

---

237) L. 36. §. 1. C. h. t.

238) Nov. 18. cap. 3.

239) Nach L. 8. §. 11. D. h. t. sollte in diesem Falle die Querel ausgeschlossen sein, quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere; aber im Zusammenhange des Justinianischen Rechtes muß man dieß buchstäblich dahin verstehen, daß nur die querela nicht stattfinde; cf. L. 6. pr. C. ad SC. Trebell. (6. 49.) und ebenso muß denn auch in dem Falle, wenn mehreren eingesetzten Notherben wechselseitig solche Fideicommisse auferlegt sind, was übrigens zulässig ist, der Pflichttheil jedes einzelnen von der fideicommissarischen Restitution ausgenommen werden. Vgl. L. 12. C. h. t. und darüber Glück a. a. O. S. 76—79. Mühlenbruch a. a. O. S. 323—328.

240) Es wird hierbei an diesem Orte noch gar nicht in Betracht gezogen, inwiefern eine bedingte Einsetzung der Vorschriften der Nov. 115. genüge. Obige Bemerkung betrifft nur die Erbeinsetzung als Mittel der Hinterlassung des Pflichttheiles. Es ist ja möglich, daß der Vorschrift der Nov. 115. durch eine unbedingte Erbeinsetzung auf einen kleinen Theil oder auf irgend eine einzelne Sache schon vollkommen genügt sei, und zudem noch eine andere bedingte Erbeinsetzung desselben Notherben angeordnet werde, deren es bedarf, um den ganzen Pflichttheil ihm zu verschaffen. Hier ist die letzte, so weit sie den Pflichttheil erfüllen muß, nach L. 32. cit. als unbedingte giltig, rücksichtlich des Ueberrestes als bedingte. Vgl. übrigens Glück a. a. O. S. 74 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 330—333, und besonders Buchholtz, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. XIII. S. 339—351.

anzurechnen, wenn er hinterher als Substitut noch einen Erbtheil erlangt[241]). — Uebrigens ist es eine ganz grundlose Meinung, wenn Manche auch darin schon eine Pflichttheilsbeschwerung, die sich der Berechtigte nicht gefallen zu lassen brauche, finden wollen, wenn dieser auf bestimmte Sachen angewiesen werde, indem ihm an den sämmtlichen Gütern des Erblassers ein dem Pflichttheil gemäßer Antheil gebühre[242]). Diese Meinung geht von der Ansicht aus, daß der Pflichttheil nicht in einer Quote des Vermögensbetrages der Erbschaft bestehe, sondern ein durch die Gesetze bestimmter und gegebener Erbtheil sei, der mit den sämmtlichen Bestandtheilen der Verlassenschaft in einer verhältnißmäßigen Verbindung stehe und sich nach der Proportion seines Betrages auf alle Stücke des Nachlasses erstrecke: eine Ansicht, die so augenscheinlich falsch ist, mit den klarsten gesetzlichen Bestimmungen vom Pflichttheile in so grellem Widerspruche steht, daß man kaum begreift, wie sie entstehen konnte, und kaum weiß, wie man sie widerlegen soll, wenn sie Jemand im Angesichte der entscheidendsten Aussprüche der Gesetze[243]) noch zu behaupten versucht[244]).

13) Wenn nun auch Beschränkungen und Auflagen des Pflichttheiles an sich ungiltig sind, so kann doch der Erblasser indirect bewirken, daß der Berechtigte sich dieselben gefallen lassen muß, wenn er nicht auf die Aussicht größeren Vortheiles verzichten will. Es kann nämlich zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten eine Verfügung getroffen werden, welche demselben unmittelbar mehr gewährt oder die Aussicht auf mehr eröffnet, als an sich zur Befriedigung seiner Pflichttheilsansprüche erforderlich wäre, und zwar unter einer das Ganze betreffenden Beschränkung oder Auflage, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß er, wenn er sich dieser Anordnung nicht unterwerfen wolle, blos auf den Pflichttheil eingeschränkt sein solle, oder auch umgekehrt, es kann ihm der Pflichttheil vollständig und unbeschwert hinterlassen, dann aber noch sonst ein Vortheil zugewendet werden unter der Bedingung, daß er sich eine den Pflichttheil betreffende Beschwerde gefallen lasse. Dieß ist die sogen. Cautela Socini, so genannt nach dem Namen des Juristen Marianus Socinus des Jüngern aus Siena

---

241) Vgl. oben Note 228.

242) S. Glück a. a. O. S. 117—119 und die dort angeführten Schriftsteller.

243) Z. B. L. 33. pr. C. h. t. Si quis relinquat — — legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso etc. L. 36. pr. ibid.: emendari vitium et vel aliam rem vel pecunias restitui vel repletionem fieri; §. 3. J. h. t. Si vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, etc.; und besonders Nov. 115. cap. 5. pr., welche man ganz willkürlich deutet.

244) Vgl. dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 328—330. Eine andere Frage ist, ob der Pflichttheilsberechtigte, der gegen die Erben Ergänzung des Pflichttheiles in Anspruch nimmt, genöthigt sei, bestimmte Sachen, die ihm nicht der Erblasser angewiesen hat, dazu anzunehmen. Dieß ist zu verneinen,

(† 1556), der aber mit Unrecht oft für den Entdecker dieses Ausweges angesehen worden ist, sondern nur die Zulässigkeit desselben in einem Gutachten über ein Testament, worin eine solche Verfügung enthalten war, ausführlich vertheidigt hat[245]). Die Giltigkeit der Clausel ist denn auch nicht zu bestreiten. Der Notherbe hat ein Recht, den Pflichttheil frei und unbeschwert zu verlangen; dieses Recht wird ihm durchaus nicht verkümmert, er kann denselben sofort in Anspruch nehmen. Aber er kann darauf auch nach Belieben verzichten, und wenn ihm nun unter der Bedingung solchen Verzichtes etwas hinterlassen wird, worauf er keinen Anspruch machen kann, so ist dieß eine Verfügung unter einer erlaubten möglichen Bedingung, deren Giltigkeit nichts im Wege steht, nachdem durch die unbeschwerte Hinterlassung des Pflichttheiles dem gesetzlichen Anspruche des Berechtigten an sich Genüge geschehen ist. Will er sich der Anordnung des Erblassers nicht unterwerfen, so erhält er vollständig und sofort was ihm gesetzlich gebührt, aber nicht mehr; erkennt er dagegen jene freiwillig an, so gilt nunmehr diese nach ihrem ganzen Inhalte, ebenso als wenn sonst irgend eine letztwillige Verfügung von der Verzichtleistung des Bedachten auf ein anderes ihm zustehendes Recht abhängig gemacht ist. Es ist auch kein genügender Grund vorhanden, davon eine Ausnahme zu machen in dem Falle, wenn die dem Pflichttheilsberechtigten auferlegte Beschränkung darin besteht, daß er nicht auf Errichtung eines Inventars oder eidliche Specification der Erbschaft bestehen, widrigenfalls auf den Pflichttheil beschränkt sein solle[246]). Allerdings muß der Pflichttheil dem Berechtigten, wenn dieser will, in jeder Beziehung ungeschmälert gegeben sein; aber das ist hier wirklich der Fall, er braucht nur zu wollen, so bekommt er den Pflichttheil ungeschmälert, nur nicht mehr. Und allerdings kann die Cautel keine Auflage rechtfertigen, welche augenscheinlich das Pflichttheilsrecht kränkt; aber das ist hier auch gar nicht der Fall, da es nur von ihm abhängt, den ganzen Pflichttheil sofort zu erhalten. Zwar kann Gefahr vorhanden sein, daß der Berechtigte durch die ihm angewiesene Sache nicht den vollen Betrag seines ihm gebührenden Pflichttheiles erhalte; aber wenn er diese Gefahr fürchtet, so kann er das Sichere vorziehen und mit dem Pflichttheile nach vorzulegendem Inventar sich begnügen. Zudem kann man nicht einmal behaupten, daß jenes zu beurtheilen immer nur durch ein Inventarium der Erbschaft möglich gemacht werde, und wenn es wahr ist, so kann doch immer nur behauptet werden, daß die Disposition, welche diese Beurtheilung unmöglich machen würde, den Pflichttheilsberechtigten,

---

245) Runde, progr. de usu longaevo cautelae quam vocant Socini ante ipsum Socinum. Cassel 1776. Koch, über die Socinische Cautel. Gießen 1786. Glück a. a. O. S. 86—92. Francke a. a. O. S. 247—250.

246) So nehmen mit Anderen an Glück a. a. O. S. 89, 90. Francke a. a. O. S. 249.

der sein Pflichttheilsrecht geltend machen will, nicht binde, wenn er sich nicht, in der Hoffnung, daß es ihm vortheilhafter sei, freiwillig ihr unterwerfen mag. Nur wenn die Bedingung an sich eine unerlaubte oder rechtswidrige wäre, z. B. als betrügerische, könnte man sie pro non adiecta halten; es ist aber sehr wohl möglich, daß ein Erblasser gute Gründe hat, seinem Erben die förmliche Inventarisation zu ersparen, und in dieser Absicht dem Pflichttheilsberechtigten wirklich ansehnlich mehr als seinen Pflichttheil unter jener Bedingung hinterläßt[247]). Uebrigens ist die Cautel nicht zu suppliren, wenn sie nicht vom Erblasser ausgesprochen ist; doch kann dieß auch in einem Codicill geschehen, insofern deren Anordnung nicht unmittelbar mit einer Erbeinsetzung oder der Zurücknahme einer solchen in Verbindung steht.

14) Wegen einer Kränkung, die nur ihr Pflichttheilsrecht betrifft, können Kinder und Eltern nach neuestem Rechte in keinem Falle mehr das Testament selbst oder die Erbeinsetzungen anfechten; die querela inofficiosi testamenti können sie niemals mehr anstellen. Nur wenn sie weder zu Erben eingesetzt, noch rechtmäßig enterbt sind, tritt Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen ein, und zwar ohne querela inofficiosi testamenti[248]); sind sie rechtmäßig enterbt, so können sie sich auch über keine Pflichttheilsverletzung beschweren; sind sie aber eingesetzt, jedoch in ihrem Pflichttheile verkürzt, und zwar nicht blos durch beschränkende Nebenbestimmungen, die nach 12 nichtig sind, so können sie jedenfalls nur Ergänzung ihres Pflichttheiles in Anspruch nehmen. Zwar hat man behauptet, wenn sie auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt und in Ansehung des Uebrigen ausdrücklich ausgeschlossen (enterbt) seien, ohne Angabe einer wahren Enterbungsursache, so könne auch wegen dieser theilweisen Ausschließung das Testament nach Nov. 115. angefochten werden[249]), ebenso wie nach dem Rechte vor der Novelle in solchem Falle noch die querela inofficiosi testamenti statthaft gewesen sei[250]). Allein diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Denn nicht nur sagt Nov. 115. cap. 5. ausdrücklich, daß dem Notherben, was ihm weniger als sein Pflichttheil zugewendet worden, von den Erben ergänzt werden und das Testament giltig bleiben solle, wenn der eingesetzte Notherbe mit bestimmten Sachen sich zu begnügen angewiesen werde, sondern es kann ja auch, wenn derselbe eingesetzt ist, auf keinen Fall gesagt werden, daß ihm die gebührende Ehre der Erbeinsetzung vorenthalten, daß er ungesetzlich präterirt oder exheredirt sei, dieses aber ist

---

247) Vgl. auch Hommel, rhapsod. I. obs. 31.

248) Vgl. unten Nr. 27 flg.

249) Puchta, Pand. §. 493, Note n. Schunck's Jahrb. XIX. S. 260, 261.

250) Vgl. oben Note 131.

die Voraussetzung, unter welcher allein die Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen nach der Novelle eintreten soll[251]).

15) Als das Rechtsmittel, durch welches der Pflichttheilsberechtigte die Ergänzung des Pflichttheiles erwirken könne, nimmt man gewöhnlich eine eigene Ergänzungsklage an, die man actio suppletoria oder expletoria, oder auch wohl condictio ex L. 30. C. de inoff. test. nennt. Jedoch wollen Manche diese Klage als ein eigenthümliches Rechtsmittel gar nicht anerkennen, sondern von der Ansicht ausgehend, daß das Gesetz nur den vermuthlichen Willen des Erblassers, der die Ergänzung des Pflichttheiles nöthigenfalls gewollt, aber ausdrücklich anzuordnen versäumt habe, ergänze, also die Vervollständigung des Pflichttheiles nur nach dem präsumirten Willen des Erblassers gefordert werde, behaupten sie, daß sich immer nur die Klage, mit welcher das ausdrücklich Hinterlassene zu fordern wäre, von selbst auch auf diese gesetzliche Ergänzung erstrecke, also nach Verschiedenheit der Umstände z. B. durch hereditatis petitio oder actio familiae erciscundae oder durch Vermächtnißklage die Ergänzung zu erstreiten sei[252]). Allein diese Meinung ist unhaltbar. Es kann ja der Pflichttheil zum Theil auf die eine, zum Theil auf die andere Weise hinterlassen werden; der Berechtigte kann eingesetzt und zugleich noch mit Vermächtnissen bedacht werden, und diese Vermächtnisse können in Geldsummen oder in bestimmten anderen Sachen bestehen und können diesem oder jenem Erben oder Legatar speciell auferlegt sein; wenn nun doch noch etwas fehlt am Pflichttheile, mit welcher Klage soll es dann gefordert werden? Wenn etwa einem nur auf $^1/_{12}$ eingesetzten Miterben noch ein Vermächtniß von 1000 Thlr. an den Pflichttheilserben auferlegt wäre, wie kann man annehmen, daß gegen diesen allein nun noch eine Vermächtnißforderung von 10,000 Thlr. begründet sei, weil so viel am Pflichttheile fehle[253])? Gründet sich auch die gesetzliche Ergänzung nach L. 30. pr. C. de inoff. test. auf den präsumtiven Willen des Erblassers, so geht diese Präsumtion doch nicht weiter, als daß der Pflichttheil viri boni arbitratu ergänzt werden solle[254]), diese Verfügung aber würde nur eine

---

251) Puchta sagt: Wenn sogar die Hinterlassung des ganzen Pflichttheiles neben der Enterbung die Anfechtung des Testamentes nicht ausschließt, so kann es um so weniger die theilweise Hinterlassung. Ganz richtig. Aber daraus folgt nicht, daß die theilweise Ausschließung vom Pflichttheile neben einer Erbeinsetzung die Anfechtung des Testamentes begründe. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 365, Note 30.

252) So unter den Neueren Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 171. Puchta, Pand. §. 489 a. E. Vgl. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 23, Note 46.

253) Daher sagen auch Vinnius und Bachov ad §. 3. J. de inoff. test., obwohl sie obige Meinung zuerst billigen, am Ende doch: um alle Zweifel zu beseitigen sei es tutius fortassis admittere simpliciter condictionem ex lege.

254) §. 3. J. h. t.: quod iis deest usque ad quartam legitimae partis replea-

Belastung der ganzen Erbschaft, ein Vermächtniß, das allen Erben pro rata parte zur Last fiele, begründen, wenn es nicht ausdrücklich einer bestimmten Person auferlegt wäre, und nach der Nov. 115. kann zudem jene Präsumtion jedenfalls nicht mehr in Betracht kommen. Demnach entspricht die herrschende Ansicht aufs beste der Natur des Verhältnisses; man kann die Vollzahlung des Pflichttheiles als ein durch das Gesetz, weil der Erblasser nicht seine Pflicht gethan, auf die Erbschaft gelegtes Vermächtniß betrachten, und zwar ein Vermächtniß, welches keinen Abzug erleiden darf und daher allen anderen Vermächtnissen unbedingt vorgeht oder, wenn man will, als eine Schuld der Erbschaft, die aber, weil ihr Betrag nur nach dem wirklichen Betrage des Vermögens zur Todeszeit sich bestimmt, nur insofern bestehen kann, als die Erbschaft zur Bezahlung aller anderen Schulden des Verstorbenen hinreicht. Daher ist es ganz richtig, wenn man zur Geltendmachung dieses Anspruches eine persönliche Klage ex lege gibt, gleich der personalis actio ex testamento, wodurch das wirklich angeordnete Vermächtniß des Pflichttheiles einzufordern wäre, und ganz grundlos ist es, wenn Manche daraus eine actio in rem scripta machen wollten, die gegen jeden Besitzer von Erbschaftsvermögen stattfinden könne[255]), da die Ergänzung des Pflichttheiles zwar aus dem Vermögen des Erblassers (ex substantia patris), aber nicht in bestimmten dazu gehörenden Vermögensobjecten, sondern nur in dem entsprechenden Geldbetrage gewährt werden muß. Das aber kann man allerdings zugeben, daß der Pflichttheilsberechtigte als Miterbe seinen Anspruch auf Ergänzung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen könne, wie dasselbe auch in Betreff eines Prälegates zulässig erscheint[256]). Wenn dagegen derselbe der einzige eingesetzte Erbe ist oder auch nur sein Erbtheil an sich dem Pflichttheile gleichkommt oder diesen übersteigt, so bedarf er der Ergänzungsklage gar nicht; denn alsdann kann die Schmälerung des Pflichttheiles nur durch Beschränkungen und Auflagen bewirkt sein, die er nach 12, 13 als ungiltig behandeln darf.

16) Die Ergänzungsklage geht gegen die Erben, beziehungsweise Miterben[257]), und zwar gegen mehrere nach Verhältniß ihrer Erbtheile, natürlich auch gegen die Erben der Erben und ebenso unzweifelhaft gegen denjenigen, welchem die Erbschaft als Universalfideicommiß restituirt worden ist. Sind die Erben mit Vermächtnissen beschwert,

---

tur, licet non fuerit adiectum boni viri arbitratu debere eam compleri. Cf. L. 30. pr. C. h. t. Liceat — — id quod minus portione legitima relictum est, ad implendam eam — — exigere; und L. 36. pr. ibid.: etsi non adiiciatur viri boni arbitratu repleri, attamen ipso iure inesse eandem repletionem.

255) Vgl. darüber und dagegen Glück a. a. O. S. 146. Mühlenbruch a. a. O. S. 21 flg.

256) Vgl. dieses Werk Bd. VI, S. 288.

257) Nov. 115. cap. 5. pr.: ab heredibus expleatur.

so können sie das zur Ergänzung des Pflichttheiles Erforderliche vorerst als Schuld von dem Betrage ihres Erbtheiles in Abzug bringen, und wenn ihnen darnach nicht genug übrig bleibt, den Vermächtnissen nach der Lex falcidia den gebührenden Abzug machen[258]). Sind aber unter den Erben selbst Pflichttheilsberechtigte, so muß diesen natürlich ihr Pflichttheil ebenfalls ungeschmälert bleiben, und wenn daher ein solcher nur auf seinen Pflichttheil eingesetzt ist, während andere auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt sind oder gar kein Pflichttheilsrecht haben, so kann die Ergänzungsklage nur gegen diese, nicht auch gegen jenen eingerichtet werden; denn dieser würde ja dann selbst wieder in den Fall gesetzt sein, Ergänzung seines geschmälerten Pflichttheiles zu fordern. Wenn man aber zudem behauptet[259]), daß ein anderer Pflichttheilsberechtigte nur, sofern er auf mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt sei, wegen der Ergänzung in Anspruch genommen werden könne, so scheint es dafür an genügendem Grunde zu fehlen. Man beruft sich darauf, daß die querela inofficiosi nur gegen den eingesetzten Fremden gegeben werde, wenn mit diesem ein Intestaterbe auf nicht mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist[260]); dasselbe also wohl auch bei der die Stelle der querela inofficiosi vertretenden Ergänzungsklage anzunehmen sei. Aber dieser Schluß ist unberechtigt, weil die beiden Klagen von durchaus verschiedener Natur sind. Bei der querela inofficiosi testamenti war jenes angemessen, weil sie Rescission des Testaments und dadurch Intestaterbfolge herbeizuführen bezweckte, wodurch dann der eingesetzte Notherbe wieder denselben Erbtheil bekommen würde, auf den er eingesetzt ist. Die Ergänzungsklage aber bezweckt nur Vervollständigung des Pflichttheiles in gleicher Weise, als wenn diese ausdrücklich im Testamente angeordnet wäre; diese ist eine Last der Erbschaft, die jeder Erbe nach Verhältniß seines Erbtheiles anerkennen muß, soweit dadurch nicht geschmälert wird, was ihm der Erblasser nicht schmälern darf.

17) Die besonderen Bestimmungen, welche von der querela inofficiosi testamenti gelten, finden auf die Ergänzungsklage keine Anwendung. So verjährt diese nach der allgemeinen Regel in dreißig Jahren, nicht wie die Querel in fünf Jahren[261]); sie geht auch unvorbereitet auf die

---

258) Bd. VI, S. 314, Note 292. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 31 flg.

259) Francke a. a. O. S. 334. Mühlenbruch a. a. O. S. 29, Note 63, S. 33, Note 67. Beide stimmen jedoch nicht ganz überein, indem der letzte nur gegen denjenigen, der selbst Notherbe und auf nicht mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist, die Klage ausschließt, während der erste consequenter dasselbe in Beziehung auf alle Intestaterben behauptet. Damit stimmt auch Glück überein, welcher die Klage nur gegen den Miterben gibt, durch dessen Einsetzung der Kläger im Pflichttheile verletzt worden ist.

260) L. 19. D. de inoff. test. (5. 2.)

261) Einige haben das Gegentheil behaupten wollen wegen L. 34. C. h. t. a. E.; aber vgl. dagegen Glück a. a. O. S. 147—152. Francke a. a. O. S. 335 flg.

Erben des Pflichttheilsberechtigten über, wie die Klage aus einem Vermächtniß post diem legati cedentem [262]), und sie wird nicht ausgeschlossen durch die Anerkennung der Giltigkeit des Testaments, insbesondere durch Annahme des darin Hinterlassenen, indem ja der Notherbe auf dieses sowohl wie auf die noch erforderliche Ergänzung ein Recht hat, also durch die Annahme des einen keineswegs auf das andere verzichtet. Nur wenn er es deutlich erklärt hat, daß er keine Ansprüche mehr machen wolle, z. B. in einem Vergleiche, fällt die Ergänzungsforderung weg [263]).

18) Mag nun aber auch der Pflichttheil den Kindern oder Eltern vollständig, ja mehr als dieser, hinterlassen sein, so ist damit allein den Erbansprüchen derselben noch nicht genügt; sie müssen auch zu Erben eingesetzt sein, wenn nicht ihre Ausschließung ausdrücklich durch einen gesetzlichen Enterbungsgrund gerechtfertigt wird; denn widrigenfalls können sie als Intestateben eintreten, und dieses ist nach neuestem Rechte der einzige Fall, in welchem noch eine eigentliche Erbfolge derselben gegen das Testament stattfindet. Aber die Erbeinsetzung kann auch blos auf bestimmte einzelne Sachen eingeschränkt werden [264]) oder auf eine Forderung oder Summe Geldes [265]), obwohl dadurch der Eingesetzte, wenn noch andere nicht mit gleicher Beschränkung zu Erben ernannt sind, in der That nur ein Vermächtniß unter dem Namen eines Erben erhält [266]). Aber man kann deßhalb nicht behaupten, daß jedes Vermächtniß einzelner Sachen an den Notherben von selbst als Erbeseinsetzung desselben auf diese Sachen anzusehen sei, was mit Justinians Vorschrift geradezu im Widerspruche stände [267]). Andererseits ist klar, daß nicht der bloße Name des Erben allein genügen kann; eine Erbeinsetzung auf nichts ist nicht besser wie gar keine [268]) und kann daher das Testament nicht gegen Anfechtung schützen [269]). Dasselbe muß von

---

262) L. 34. C. cit.

263) L. 35. §. 2. C. h. t.

264) Nov. 115. cap. 5. pr. Ceterum si qui heredes fuerint nominati etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

265) Es ist kein Grund vorhanden, das certis rebus in cap. 5. cit. gerade nur von bestimmten körperlichen Sachen zu verstehen, nicht überhaupt von einzelnen Vermögensobjecten, die Gegenstand letztwilliger Zuwendung sein können. Francke a. a. O. S. 392.

266) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 923—925. Die Behauptung, daß der so eingesetzte Notherbe gleichwohl einen aliquoten Theil an allen Sachen der Erbschaft in Anspruch nehmen könne, ist völlig grundlos. Vgl. oben Note 243, 244, und Francke a. a. O. S. 393.

267) Nov. 115. cap. 3. pr. Non licere praeterire vel exheredes facere, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum . . . eis dederint legibus debitam portionem.

268) L. 17. §. 3. D. de hered. instit. (28. 5.)

269) Zimmern, im Arch. für civ. Prax. VIII. S. 165, glaubte, es sei

einer Erbeinsetzung auf Etwas, was dem Eingesetzten selbst gehört, gelten, daher insbesondre von der Erbeinsetzung auf dasjenige, was der Notherbe bereits bei Lebzeiten des Erblassers von demselben erhalten hatte, und zwar auch dann, wenn dieses in den Pflichttheil einzurechnen wäre [270]).

19) Es fragt sich aber, ob auch eine bedingte Erbeinsetzung genüge. Das Gesetz spricht sich darüber nicht aus. Aber wenn der Gesetzgeber die Erbeinsetzung gewisser Personen befiehlt, so ist es natürlich nicht seine Meinung, daß es dennoch gestattet sein soll, diese willkürlich von allen möglichen, sei es auch höchst unwahrscheinlichen Umständen abhängig zu machen, wodurch die gesetzliche Vorschrift fast ganz vereitelt werden könnte [271]). Daher ist kein Zweifel, daß nicht jede bedingte Erbeinsetzung als solche giltig und genügend sein könne. Da es jedoch nur darauf ankommt, daß zur Zeit des Todes des Erblassers der Notherbe sich gehörig eingesetzt oder enterbt finde [272]), so müssen wir ebenso bestimmt behaupten, daß die Erbeinsetzung vollkommen giltig sei, wenn zur Zeit des Todes die Bedingung bereits erfüllt ist, weil sie nun in Wahrheit eine unbedingte ist. Ferner ist, wenn auch die bedingte Erbeinsetzung der Vorschrift der Nov. 115. genügt, doch jedenfalls zu behaupten, daß die Bedingung für nicht hinzugefügt gelten müsse, sofern durch diese Erbeinsetzung dem Eingesetzten der Pflichttheil zugewendet wird, und zwar kann in dieser Beziehung auch nichts darauf ankommen, ob die Bedingung eine potestative oder eine andere ist, weil der Pflichttheil durch

---

dadurch der Vorschrift der Nov. 115. Genüge geleistet, und hielt daher hier noch die querela inofficiosi für nothwendig und anwendbar, weil von einer Ergänzung hier doch nicht die Rede sein könne; Bülow, Abhandl. I. 10., wollte auch hier die Ergänzungsklage zulassen; beides ist unrichtig. Vgl. Bluntschli a. a. O. S. 239. Francke a. a. O. S. 394 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 322, Bd. 37, S. 366 flg.

270) Für diesen Fall macht eine Ausnahme Francke a. a. O. S. 395, indem er das Pflichttheilsrecht mit dem Rechte auf Erbeseinsetzung vermischt; diese muß eine wirkliche sein, sonst wirkt sie nichts; die Einsetzung auf das dem Eingesetzten selbst Gehörende ist aber etwas ganz Nichtiges und Unwirksames. Anders freilich wäre es, wenn das bei Lebzeiten Gegebene dem Empfänger noch wieder entzogen und also auch durch letztwillige Anordnung noch anders darüber verfügt werden könnte. Vgl. übrigens auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 19.

271) Mayer, Erbr. I. §. 102, ist gleichwohl anderer Meinung; er sagt, die Einsetzung könne auch unter einer Bedingung geschehen (vorausgesetzt, daß den besonderen formellen Vorschriften über Einsetzung der sui heredes genügt sei) und werde nur, so weit der Pflichttheil geht, als unbedingte behandelt. Da nun der Pflichttheil schon durch Vermächtnisse oder Schenkungen unter Lebenden u. s. w. erfüllt sein kann, so müßte man sich unter Umständen als vollkommen genügend gefallen lassen z. B. eine Erbeinsetzung wie folgende: Zudem setze ich den A zum Erben ein auf 100 Thlr., wenn binnen 14 Tagen nach meinem Tode ein Meteorstein von wenigstens 10 Pfund Gewicht gerade auf meine Grabstätte niederfällt.

272) Vgl. oben Note 153 flg.

keine Beschränkung beschwert werden soll[273]); aber freilich könnte aus diesem Gesichtspunkte die Bedingung auch nur insoweit als nicht beigefügt angesehen werden, als dieselbe das Pflichttheilsrecht beeinträchtigt, und müßte daher wirksam sein, sofern der Notherbe auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt ist. Die Frage ist also nur, ganz abgesehen vom Pflichttheil, der ja zugleich auf andere Weise vollständig hinterlassen sein kann, welche Wirkung es habe, wenn der Notherbe nicht anders als bedingt eingesetzt und die Bedingung zur Zeit des Todes noch nicht erfüllt ist? Nach einer Meinung soll in jedem Falle die Bedingung als nicht beigefügt gelten[274]), nach einer anderen soll dieß nur, wenn die Bedingung eine zufällige oder gemischte, nicht auch wenn sie eine rein potestative ist, der Fall sein[275]); nach einer dritten Meinung soll die bedingte Erbeinsetzung, wenigstens wenn die Bedingung nicht eine potestative ist, als ungenügend nichts wirken und daher das Testament ungiltig sein, als wenn der Notherbe gar nicht eingesetzt wäre[276]). Erwägt man, daß das ältere Recht, wo es am strengsten Erbeinsetzung forderte, bei dem Haussohne, der noch mit einer potestativ bedingten Erbeinsetzung sich begnügte, so sind wir wohl berechtigt anzunehmen, daß eine solche in der fraglichen Beziehung einer unbedingten gleichzuachten sei; die Vorschrift der L. 32. C. 3. 28. darauf anzuwenden, sind wir, sofern nicht der Pflichttheil dadurch beschränkt ist, nicht berechtigt, da dieses Gesetz eben nur, sofern dieses der Fall ist, nicht schlechthin, die Bedingung für unwirksam erklärt. Was aber andere Arten von Bedingungen betrifft, so dürfen wir nach der Natur der Sache behaupten, daß eine so bedingte Erbeinsetzung keine solche sei, wie sie Justinian durch Nov. 115. dem Erblasser zur Pflicht macht, daß also dadurch seiner Vorschrift nicht Genüge geleistet werde und deßhalb auch die Folge eintrete, welche die Nichtbeachtung derselben nach sich zieht. Wir haben keinen gesetzlichen Grund, sie durch Beseitigung der Bedingung in eine dieser Vorschrift genügende Erbeinsetzung, die der Erblasser nicht gewollt hat, zu verwandeln und so jene Folgen

---

273) Vgl. oben Note 240.

274) Heumann, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. XVII. S. 232—239.

275) v. Vangerow, Pand. II. §. 484. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 213—217. Der letzte drückt sich freilich etwas sonderbar aus, die Hinzufügung einer Bedingung sei nicht verboten, sondern diese werde nur, wenn sie wegfällt, als nicht hinzugefügt angesehen. Da hiernach jedenfalls die Erbeinsetzung besteht, die Bedingung mag erfüllt werden oder nicht, so kann man sie auch schlechthin als unbedingte behandeln. Daß übrigens die genannten Schriftsteller für sui heredes und emancipati oder für den suus filius noch besonderes Recht annehmen, kommt für uns nicht weiter in Betracht.

276) Francke a. a. O. S. 385. Derselben Meinung sind natürlich auch diejenigen, welche überhaupt die formellen Vorschriften des älteren Rechtes auf sämmtliche Notherben der Nov. 115. übertragen. Vgl. Note 171, 172.

abzuwehren[277]). Wenn übrigens ein gesetzlicher wahrer Enterbungsgrund angegeben ist, so ist auch die bedingte Erbeinsetzung für vollkommen genügend zu halten, da in diesem Falle selbst die völlige unbedingte Ausschließung des Eingesetzten von der Erbschaft gerechtfertigt wäre.

20) Nicht gleich einer anderen bedingten Erbeinsetzung wirkt es, wenn der Notherbe nur vulgariter substituirt ist. In diesem Falle werden nur die vorhergehenden Grade der Erbeinsetzung, in Ansehung deren jener nicht eingesetzt oder gesetzlich enterbt ist, beseitigt und der Notherbe erbt mit den in gleichem Grade eingesetzten Erben als testamentarischer Erbe. Dieß ist der Analogie des älteren Rechtes gemäß, welches die verschiedenen Grade der Erbeinsetzung als mehrmalige selbstständige Vergabungen der ganzen Erbschaft betrachtete und daher nur bei jedem insbesondre fragte, ob in Ansehung desselben der Notherbe eingesetzt oder enterbt sei[278]; und die Befolgung dieser Analogie ist hier ganz unbedenklich[279]).

21) Was die Enterbung betrifft, so ist vor allem gewiß, daß wenigstens ein gesetzlicher Enterbungsgrund im Testamente ausdrücklich angegeben sein muß, dessen Wahrheit alsdann die eingesetzten Erben zu erweisen haben[280]). Er muß im Testamente selbst angegeben sein, nicht blos in einem Codicill oder sonst irgendwie. Er muß ferner namentlich oder speciell angegeben sein; es genügt also nicht die allgemeine Angabe, daß der Notherbe die Enterbung verdient oder eines dieselbe rechtfertigenden Betragens sich schuldig gemacht habe; aber es ist zudem

---

277) Dafür spricht denn auch die Analogie der Rechtssätze über Präterition der sui heredes, nur mit dem Unterschiede, daß nach Nov. 115. nicht anfängliche und absolute Nichtigkeit stattfindet. Vgl. oben Note 12—24. Man könnte zwar auch die Analogie der b. p. c. t. hierher ziehen (Note 26) und demnach annehmen, daß der Eingesetzte einstweilen s. t. b. p. erlangen könne, wenn aber die Bedingung vereitelt werde, nunmehr die Intestaterbfolge eintrete. Aber diese Analogie ist weniger passend, weil nach der Novelle nur civilrechtliche Testaments- und Intestaterbfolge in Frage steht.

278) Vgl. oben Note 32.

279) Francke a. a. O. S. 397. Heumann a. a. O. S. 239—245. Anderer Meinung ist Mühlenbruch a. a. O. S. 218—222; er behandelt die Vulgarsubstitution wie jede andere bedingte Erbeinsetzung, weßhalb denn nach seiner Ansicht (§. 20) die Bedingung als nicht beigefügt anzusehen wäre, während nach unserer Ansicht, wenn nicht zur Todeszeit bereits der Substitutionsfall eingetreten war, Intestaterbfolge eintreten müßte. Aber er begeht in der Bestimmung der Folgen ein offenbares Versehen, indem er gleichwohl annimmt, daß nun die Substituten an die Stelle der instituti treten. Wenn die Substitutionsbedingung (si heres non erit institutus) unbeachtet bleibt, so ist die Folge, daß nun der Notherbe allein, nicht auch seine Mitsubstituten, Miterbe der instituti wird, nicht diese ausschließt. Vgl. v. Vangerow a. a. O.

280) Nov. 115. cap. 3. pr.: nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suos inseruerunt testamento. Cap. 4. pr.: nisi causas, quos enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

auch erforderlich, daß durch die Anführung des Enterbungsgrundes sich bestimmt der Wille des Erblassers, aus diesem Grunde bestimmte Notherben als Schuldige von der Erbschaft auszuschließen, kund gebe, wenn gleich es nicht mehr auf den Gebrauch irgend einer Enterbungsformel oder das Wort „Enterben" ankommen kann. Die Enterbung muß insofern auch nach der Novelle eine namentliche sein. Da nach dem bisherigen Rechte, wo sie überhaupt nothwendig war, namentliche Enterbung vorgeschrieben war, diese Vorschrift auch nicht als eine rein formelle, sondern der Bestimmtheit des Willens wegen an sich zweckmäßig erscheint, so ist es eine willkürlich beschränkende Interpretation, wenn man die Worte des Gesetzes: nominatim ingratitudinis causas inserere oder specialiter nominare so deutet, daß nur speciell dieser oder jener im Gesetze aufgeführter Enterbungsgrund genannt sein müsse; sie sagen vielmehr, es müsse in concreto ausdrücklich das Vergehen angegeben werden, wegen dessen ein Notherbe als ingratus ausgeschlossen werde, wobei sich von selbst versteht, daß auch die Personen, welche sich dessen schuldig gemacht haben sollen, genau bezeichnet sind. Daher möchte eine stillschweigende Ausschließung, wie in dem Beispiele: Ich setze den N. N. zu meinem Erben ein, weil er der Einzige meiner Angehörigen war, der sich in meiner Gemüthskrankheit meiner angenommen hat, wohl nicht für genügend zu halten sein, um so weniger, da dieses Motiv der Erbeinsetzung des N. N. wahr sein kann und dennoch einen Notherben der Vorwurf liebloser Vernachlässigung des Erblassers vielleicht nicht trifft[281]).

22) Die Enterbung kann, wenn nur ein wahrer Enterbungsgrund angegeben ist, auch unter einer Bedingung angeordnet werden, ebenso wie der Notherbe in jenem Falle auch unter einer Bedingung eingesetzt werden kann. Unzweifelhaft ist dieses, wenn der Notherbe unter einer Bedingung enterbt und unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist; denn dieses war auch nach dem älteren Rechte in Ansehung der sui heredes giltig[282]). Aber auch ohne dieses muß die bedingte Ausschließung für giltig und genügend angesehen werden, wenn die Bedingung zur Zeit des Todes schon erfüllt ist; denn alsdann findet sich der Notherbe zur Zeit des Todes, und nur darauf kommt es an, rechtmäßig enterbt; die Vorschrift des älteren Rechtes, wornach die bedingte Enterbung schlechthin nichtig war, kommt nicht mehr in Betracht, weder bei sui heredes und Emancipirten[283]), noch bei anderen Notherben[284]),

---

281) Vgl. über die verschiedenen Meinungen Francke a. a. O. S. 399. Mühlenbruch a. a. O. S. 230 flg. v. Vangerow a. a. O. II. S. 302. Heumann a. a. O. S. 245 flg.

282) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 892.

283) A. M. consequent v. Vangerow u. A., vgl. Note 162; aber auch Mühlenbruch, vgl. Note 170.

284) A. M. Puchta a. a. O. §. 293. Heumann a. a. O. S. 247 flg. Vgl. Note 171.

wo es sich nicht mehr um die blos förmliche Exheredation, sondern um eine durch schlechtes Betragen verdiente Ausschließung handelt, die der Erblasser nur zu Gunsten des Schuldigen noch mildert, indem er sie noch von einer Bedingung abhängig macht, z. B. meinen Sohn N., der mich mit Schlägen mißhandelt hat, enterbe ich, wenn er mich nicht persönlich um Verzeihung bittet. Bedenklicher scheint der Fall, wenn zur Zeit des Todes die Bedingung noch schwebt, und der Enterbte nicht unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist. Aber auch dieses muß man consequent für giltig erklären. Denn das Gesetz verbietet nur die Ausschließung ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes, verwehrt aber nicht denjenigen, den man deßhalb völlig ausschließen könnte, milderen Sinnes nur unter einer Bedingung auszuschließen[285]). Daß dann die Giltigkeit des Testamentes noch nach dem Tode des Erblassers einer Ungewißheit unterworfen sein kann, steht nicht im Wege[286]); denn der bedingt Enterbte hat kein Recht, sofort den Zutritt zur Erbschaft zu verlangen, weil er ganz enterbt werden könnte, und die eingesetzten Erben als solche haben hier so wenig, als wenn sie unter Bedingung eingesetzt sind, ein Recht, über den Aufschub sich zu beschweren, können aber einstweilen s. t. b. p. agnosciren. Indessen fragt es sich noch, welche Wirkung dann eintrete, wenn die Bedingung der Enterbung deficirt; eine Frage, die ebenso auch dann entsteht, wenn dieses schon vor dem Tode des Erblassers entschieden ist. Man könnte in der bedingten Enterbung immer eine stillschweigende Erbeinsetzung unter der entgegengesetzten Bedingung finden[287]), wornach denn in jedem Falle das Testament bestehen bliebe, nur mit oder ohne Miterbschaft des bedingt ausgeschlossenen Notherben, je nachdem die Bedingung der Enterbung deficirt oder erfüllt wird. Allein jene Annahme ist ungegründet. Eine solche stillschweigende Erbeinsetzung anzunehmen ist überhaupt bedenklich[288]); es könnte auch mit den übrigen Anordnungen unvereinbar sein und man könnte nicht bestimmen, auf welchen Erbtheil denn der bedingt Enterbte eingesetzt sein solle. Es scheint also richtiger, sich nur daran zu halten, daß keine vom Erblasser gewollte Ausschließung, als welche er deficiente conditione wirklich nicht gewollt hat, aber auch keine Einsetzung des Notherben vorliege, also das Testament rücksichtlich der Erbeinsetzungen wegfallen müsse.

23) Eine andere Frage ist es, inwiefern auch der Enterbungsgrund selbst bedingungsweise ausgedrückt werden könne[289]). Dagegen

---

285) Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 302.

286) Aus diesem Grunde will Francke a. a. O. S. 401 flg. hier den Notherben als präterirt ansehen und daher die Erbeinsetzungen als giltig. Vgl. auch Mayer a. a. O. I. S. 282.

287) Mühlenbruch a. a. O. S. 227, 228.

288) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 918.

289) Mit der vorhergehenden verwechselt diese Frage Mühlenbruch a. a. O. S. 231 flg.

ist wohl nichts einzuwenden, daß der Erblasser den bereits vorliegenden Enterbungsgrund nur bedingungsweise, etwa noch zweifelnd, ob es damit seine Richtigkeit habe, ausspreche: z. B. wenn es wahr ist, daß mein Sohn vom Glauben abgefallen ist, so soll er enterbt sein[290]). Unbedenklich ist ferner in solchen Fällen, wo das Gesetz selbst, wenn eine Enterbungsursache erst nach Errichtung des Testamentes sich ergibt, den schuldigen Notherben für erbunwürdig erklärt[291]), auch die im voraus erklärte Enterbung auf diesen Fall für zulässig zu halten; wenn dann diese Bedingung der Enterbung nicht eintritt, so kann freilich wieder das Testament nicht bestehen, wofern nicht der bedingt enterbte Notherbe auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt ist. Aber auch in anderen Fällen scheint es ebenfalls mit gleicher Wirkung zulässig, im voraus für den Fall, daß sich ein Notherbe bis zum Tode des Erblassers eines die Enterbung rechtfertigenden Betragens schuldig mache, die Enterbung auszusprechen[292]), da es ja wesentlich nur auf die Todeszeit ankommt und es daher genügen muß, wenn in diesem Zeitpunkte der angegebene Enterbungsgrund wirklich eingetreten ist[293]). Dagegen kann es an sich nicht für wirksam gehalten werden, den Notherben zu enterben für den Fall, daß erst nach dem Tode des Erblassers ein rechtmäßiger Enterbungsgrund eintrete. Denn offenbar setzt das Gesetz bei Aufzählung der Enterbungsgründe diese als bereits bestehend voraus, wenn sich, zur Todeszeit, fragt, ob Jemand rechtmäßig enterbt sei. Allein da es zulässig ist, den Notherben unter einer Potestativbedingung einzusetzen, die Vermeidung einer Enterbungsursache aber allemal eine Potestativbedingung ist, so kann der Erblasser denselben Zweck erreichen, wenn er jenen unter der Bedingung einsetzt, daß er sich auch später nicht einer die Enterbung rechtfertigenden Handlung schuldig mache[294]), und dabei ist es nicht einmal nothwendig, obgleich unschädlich, daß er denselben für den entgegengesetzten Fall enterbe[295]). Der Erfolg besteht dann darin, daß der Eingesetzte vermöge der Mucianischen Caution sofort den Besitz des ihm zugedachten Erbtheiles erlangen kann, diesen aber wieder verliert, wenn hinterher die Bedingung seiner Erbeinsetzung deficirt. Es ist aber dabei immer festzuhalten, daß er sich eine solche Beschränkung nicht braucht gefallen zu lassen, sofern dadurch sein Pflichttheilsrecht beeinträchtigt wird.

---

290) Buchholtz, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. XIII. S. 352 flg. Heumann, das. XVII. S. 248.

291) Nov. 115. cap. 3. §. 12. 13.

292) And. Mein. v. Vangerow und Heumann a. a. O.

293) Mühlenbruch a. a. O. S. 231—235. Mayer a. a. O. I. S. 282. Buchholtz a. a. O. S. 353.

294) Mayer a. a. O. Nr. 9.

295) Im Resultate übereinstimmend ist Mühlenbruch a. a. O. S. 238, 239, obwohl von anderem Gesichtspunkte ausgehend, und immer mit dem Unterschiede, daß er für sui und Emancipirte die Erfordernisse einer giltigen Exheredation nach älterem Rechte voraussetzt.

24) Die übrigen Erfordernisse einer giltigen Exheredation nach älterem Rechte[296]) können bei der Enterbung der Kinder und Eltern nach der Novelle 115 nicht mehr in Betracht kommen. Sie beziehen sich nur auf die blos formelle willkürliche Exheredation und beruhen auf Subtilitäten, die zu den Bestimmungen der Novelle nicht mehr passen. Es kann nur darauf ankommen, ob der Erblasser den Willen, daß der Notherbe wegen eines bestimmten Enterbungsgrundes von der Erbfolge ausgeschlossen sein solle, deutlich an den Tag gelegt habe[297]).

25) Die Enterbungsursache muß von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werden. Sind mehrere Enterbungsgründe im Testamente angegeben, so genügt es, wenn sie die Wahrheit des einen oder des anderen erweisen; aber es hilft ihnen nichts, wenn sie einen nicht angegebenen darthun, während sie die angegebenen zu beweisen nicht im Stande sind.

26) Wenn nun Kinder oder Eltern nicht eingesetzt und auch nicht unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ausgeschlossen sind oder der angegebene Enterbungsgrund nicht als wahr erwiesen wird, so ist zwar gleichwohl das Testament nicht von Anfang an nichtig, hebt daher ein älteres Testament auf, und kann möglicher Weise immer noch eine testamentarische Erbfolge der darin eingesetzten Erben begründen. Aber die übergangenen Kinder oder Eltern, vorausgesetzt, daß sie im vorliegenden Falle auch die nächsten Intestaterben sind und daher Notherbenrecht haben, können durch ihre Erklärung, von diesem Rechte Gebrauch machen zu wollen, die Erbeinsetzungen beseitigen und die Intestaterbfolge herbeiführen. Es genügt dazu jede Erklärung des Willens, Erbe zu werden, welche überhaupt eine Antretung der Erbschaft enthält; denn sie können eben ohne weiteres die Erbeinsetzung als ungiltig betrachten und die Intestaterbfolge antreten, und daher auch sofort mit der hereditatis petitio als Intestaterben ihr Recht geltend machen. Man mag diese Klage immerhin Nullitätsquerel nennen, querela nullitatis ex iure novo oder ex nov. 115., weil sie sich darauf gründet, daß die testamentarischen Erbeinsetzungen ungiltig seien, aber man darf sie nur für nichts anderes ansehen, als eine gewöhnliche Erbschaftsklage der Intestaterben; der Kläger braucht auch gar nicht auf Nichtigkeitserklärung anzutragen, sondern kann einfach sein Intestaterbrecht behaupten, und erst, wenn der Gegner auf das Testament sich beruft, dasselbe als unwirksam wegen Verletzung des Notherbenrechtes zurückweisen, worauf dann der Richter nicht erst durch sein Urtheil das Testament rescindirt, sondern nur, weil es ungiltig sei, das Intestaterbrecht des übergangenen Notherben anerkennt[298]).

---

296) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 892—894, Nr. 3—6.
297) Francke a. a. O. S. 400, 401.
298) Bluntschli a. a. O. S. 240—242. Francke a. a. O. S. 379.

27) Die eingesetzten Erben können wohl einstweilen den Besitz der Erbschaft erlangen durch das sogen. remedium ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo; aber wenn der übergangene Notherbe als Contradictor dagegen auftritt und seine Eigenschaft als Notherbe wenigstens vorläufig bescheinigt, auch ein Enterbungsgrund im Testamente nicht angegeben ist, so wird jenen die Immission mit Recht verweigert; ungegründet aber ist es, in jedem Falle, auch wenn ein Enterbungsgrund angegeben oder die Thatsache, daß ein Notherbe übergangen sei, noch gar nicht dargethan ist, dem angeblich Verletzten den einstweiligen Besitz einzuräumen, bis die Giltigkeit des Testamentes ausgemacht sei[299].

28) Die sogen. Nullitätsquerel verjährt nach der allgemeinen Regel in dreißig Jahren, nicht wie die querela inofficiosi in fünf Jahren. Auch hat sie nicht, wie diese, die Folge, daß der Kläger, wenn er unterliegt, nun dasjenige, was ihm im Testamente sonst zugewendet ist, einbüßt[300]. Andererseits hat auch die Annahme eines Vermächtnisses nicht die Folge, daß der Notherbe nun von der Anfechtung des Testamentes ausgeschlossen wird[301]; einen Verzicht auf diese kann man darin um so weniger erkennen, weil die Vermächtnisse ungeachtet der Beseitigung der Erbeinsetzungen bestehen bleiben[302]. Jedoch kann man dann unbedenklich einen Verzicht annehmen, wenn der Notherbe mit Kenntniß seines Rechtes von den eingesetzten Erben ein Vermächtniß sich auszahlen ließ, das nicht in Sachen der Erbschaft besteht, das also von jenen, wenn sie von der Erbschaft verdrängt werden, als indebitum könnte zurückgefordert werden.

29) Stirbt der übergangene Notherbe, ohne sein Recht geltend zu machen, so können seine Erben an seiner Statt es in Anspruch nehmen. Es bedarf nicht einer besonderen Vorbereitung, um die Nullitätsklage auf die Erben zu übertragen. Allein da diese eben nichts anderes ist, als die Erbschaftsklage, also die Erwerbung der Erbschaft voraussetzt, diese aber regelmäßig nicht erst in der Person der Erben des berufenen Erben eintreten kann, so wird freilich erforderlich sein, daß diesem selbst schon die Erbschaft erworben sei, wofern nicht eine Transmission des Erwerbsrechtes auf die Erben begründet ist. Demnach wird also regelmäßig, damit die Erben des Notherben mit Erfolg klagen können, vorauszusetzen sein, daß der letzte bereits irgendwie den Willen, Erbe zu sein, an den Tag gelegt, d. h. die ihm kraft des Gesetzes angebotene Intestaterbfolge angetreten habe[303].

---

299) L. 2. 3. C. de edicto D. Hadriani toll. (6. 33.) Francke a. a. O. S. 381, 382.

300) Arg. L. 5. §. 1. D. de his quae ut indign. (34. 9.)

301) Arg. L. 5. §. 1. cit. L. 43. 44. D. de hered. pet. (5. 3.)

302) Vgl. unten §. 32.

303) Mühlenbruch a. a. O. S. 261—264.

30) Werden die Erbeinsetzungen durch einen Notherben beseitigt, so wird überhaupt Intestaterbfolge eröffnet; es gelangen also als Miterben des übergangenen Notherben auch alle diejenigen, welche mit diesem gleiches Intestaterbrecht haben, zur Erbfolge, als ob kein Testament vorhanden wäre; sie mögen selbst Notherbenrecht haben oder nicht, und mögen im Testamente eingesetzt oder übergangen sein[304]. Wenn von diesen Intestaterben der eine oder andere die Erbschaft nicht erwirbt, so accrescirt deren Erbtheil den übrigen nach der allgemeinen Regel, der wegfallende möge selbst auch ein Notherbe sein oder ein anderer Intestaterbe[305]; ein Verzicht zu Gunsten der eingesetzten Erben kann nur insofern wirksam sein, als der Verzichtende selbst erst das deferirte Erbrecht erwirbt und die erworbene Erbschaft für seinen Theil den eingesetzten Erben überläßt[306]. Wenn aber gar kein Notherbenrecht gegen das Testament geltend gemacht wird, wenn z. B. der einzige übergangene Notherbe auf sein Recht verzichtet, so sind die übrigen Intestaterben, die sich nicht über verletztes Notherbenrecht beschweren können, nicht berechtigt, das Testament anzufechten. Ebenso muß diesen denn auch das Urtheil, welches gegen jenen in dem Rechtsstreite über die Giltigkeit des Testamentes ergangen ist, entgegenstehen, während sie dagegen auch auf das Urtheil, welches die Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen ausgesprochen hat, sich berufen können, um ihr Intestaterbrecht zu behaupten[307]. Von selbst versteht sich hiernach, daß diejenigen, welche nach dem Notherben die nächsten Intestaterben sind, blos als solche in keinem Falle gegen das Testament die Erbfolge behaupten können; denn entweder macht jener sein Recht geltend, dann schließt er sie als der nähere Intestaterbe aus, oder nicht, dann können sie noch weniger als gleichberechtigte das Testament anfechten.

31) Eine andere Frage ist aber, ob nicht derjenige, welcher zunächst Notherbenrecht nach dem übergangenen Notherben hat, zur Anfechtung des Testamentes berechtigt sei, wenn dieser von seinem Rechte keinen Gebrauch macht oder auch mit Recht ausgeschlossen ist? Obgleich in Ansehung der querela inofficiosi testamenti eine solche successio in querelam stattfand, deren nähere Bestimmung jedoch sehr streitig ist, so fehlt es doch an genügendem Grunde, dieselbe auch nach dem Rechte der Nov. 115. zuzulassen, da andererseits nach dem älteren Rechte der sui heredes und Emancipirten entschieden nur der nächste eingesetzt oder enterbt zu werden brauchte[308] und derjenige, der ohnehin nicht erbt,

---

304) Vgl. oben Note 160. Ob auch die rechtmäßig enterbten? Vgl. unten Note 316—320.

305) Vgl. dieses Werk Bd. I, Art. Anwachsungsrecht.

306) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 268—270.

307) Francke a. a. O. S. 386.

308) L. 9. §. 2. D. de lib. et postum. (28. 2.)

wenn gar kein Testament errichtet ist, sich nicht über Verletzung seiner Erbansprüche beschweren kann, wenn er in dem errichteten Testamente nicht berücksichtigt ist[309]).

32) Die Ungiltigkeit des Testamentes, welche in Folge der Verletzung des Notherbenrechtes nach der Novelle 115 eintritt, beschränkt sich nur auf die Erbeinsetzungen, worunter natürlich auch die Vulgarsubstitutionen mitbegriffen sind. In Ansehung seines übrigen Inhaltes soll das Testament giltig bleiben, tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Testament eben aus keinem anderen Grunde angefochten wird, als wegen Verletzung der Vorschriften jenes Gesetzes. Wenn daher z. B. das Testament nicht in der erforderlichen Form errichtet ist oder die eingesetzten Erben schon vor dem Tode des Testators weggefallen sind oder die Bedingung der Erbeinsetzungen nicht erfüllt wird, so können auch die übrigen Verfügungen des Testamentes keine Wirkung mehr haben, ebensowenig, als wenn dasselbe nicht zudem noch den Verstoß gegen das Notherbenrecht enthielte. Diese Regel muß jedoch nothwendig durch eine Ausnahme beschränkt werden. Wenn nämlich die eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen, so müssen nichtsdestoweniger die übrigen Bestimmungen des Testamentes wirksam bleiben, obgleich sonst die Destitution desselben regelmäßig Ungiltigkeit seines ganzen Inhaltes zur Folge hat. Denn die eingesetzten Erben werden die Erbschaft gewöhnlich eben deßwegen ausschlagen, weil sie doch vorhersehen, daß ihnen dieselbe durch die Notherben wieder entzogen wird, und sie können sie gar nicht einmal wirksam antreten, sobald die Notherben erklärt haben, daß sie von ihrem Rechte Gebrauch machen, weil dieselbe dann jenen in der That nicht deferirt ist. Diese Ausnahme wird auch durch die Analogie ähnlicher Bestimmungen des älteren Rechtes bestätigt; denn bei der bonorum possessio contra tabulas mußten ebenso die Vermächtnisse an die bevorzugten Verwandten entrichtet werden, wenn gleich die eingesetzten Erben die Erbschaft abgelehnt hatten[310]), und nicht minder muß derjenige, welcher an die Stelle eines Unwürdigen tritt, die diesem auferlegten Vermächtnisse anerkennen, wenn gleich derselbe die Erbschaft ausgeschlagen hat[311]). Dasselbe muß aber auch gelten, wenn die Eingesetzten eine Bedingung, deren Erfüllung nur von ihrem Willen abhängt,

---

309) Francke a. a. O. S. 387—389 nimmt eine successio in querelam in dem Falle an, wenn der vorgehende Notherbe aus rechtmäßigem Grunde enterbt ist. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 264 flg. Wie sollte man denn nach Francke's Ansicht in dem Falle entscheiden, wenn der nächste Notherbe zwar auf eine Kleinigkeit eingesetzt, aber durch Angabe eines wahren Enterbungsgrundes von der Geltendmachung des Pflichttheilsrechtes ausgeschlossen wäre?

310) L. 4. 11. D. de legat. praest. (37. 5.)

311) L. 16. §. 2. D. de his quae ut indign. (34. 9.) L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 3. §. 4. D. de iure fisci. (49. 14.)

nicht erfüllen, was der Ablehnung der Erbschaft gleichzuachten ist[312]). Vorausgesetzt wird ferner, wie sich von selbst versteht, daß die fraglichen Verfügungen an sich, abgesehen von der mangelhaften Beschaffenheit des Testamentes, giltig wären; sie erlangen keine andere Kraft, als welche sie haben würden, wenn das Testament zu Recht bestünde[313]); diese aber muß ihnen auch ebensowohl, wenn sie in giltigen Codicillen, als wenn sie im Testamente selbst angeordnet sind, beigelegt werden.

33) Als einzelne Arten von Verfügungen, welche hiernach bestehen bleiben, nennt das Gesetz ausdrücklich Vermächtnisse (legata vel fideicommissa), Freilassung von Sclaven und Ernennung von Vormündern, setzt aber dann noch hinzu, daß dasselbe auch für andere Verfügungen (quaelibet alia capitula concessa legibus) gelte. Unzweifelhaft muß darnach auch die Pupillarsubstitution, ebenso wie bei der bonorum possessio contra tabulas[314]), aufrecht erhalten werden, was mit Unrecht von Einigen bestritten worden ist; denn obgleich sie auch eine Erbernennung ist, so ist sie doch keine Erbeinsetzung für den Nachlaß des Testators selbst, nur auf diese aber bezieht sich offenbar die gesetzliche Ungiltigkeitserklärung, welche nur den Zweck hat, der pflichtwidrigen Ausschließung der Notherben von der Erbschaft des Testators zu begegnen[315]). Streitiger ist es, ob auch die rechtmäßige Enterbung anderer Notherben unter den quaelibet alia capitula mitbegriffen sei? Dieß würde die Folge haben, daß der rechtmäßig Enterbte, wenn durch einen anderen Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt wird, an dieser gleichwohl keinen Theil nehmen könnte. Von Anhängern des Inofficiositätssystems, welche zugleich der Ansicht sind, daß auch in Folge der querela inofficiosi der rechtmäßig Enterbte von der Erbfolge ausgeschlossen bliebe, wird dieß consequent behauptet, und sie finden darin zugleich ein Argument mehr für die Richtigkeit jenes Systems[316]); aber auch von denjenigen wird es angenommen, welche überhaupt die Rescission des Testamentes nicht zu Gunsten aller Intestaterben, sondern nur der nicht rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben wirken lassen[317]), nach Analogie der b. p. c. t., welche ebenfalls den giltig enterbten nicht

---

312) L. 12. D. de legat. praest. (37. 5.) Cf. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. (28. 5.)

313) Arg. L. 3. §. 7. D. de legat. praest. (37. 5.): Ea legata sola praestant, qui contra tabulas b. p. accipiunt, quae utiliter data sunt.

314) L. 34. §. 2. D. de vulg. subst. (28. 6.)

315) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 322, 452. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 286—288.

316) Mayer, Erbr. I. S. 284, 287. Dieser zählt nicht nur die Enterbung, sondern auch die Erbeinsetzung anderer Notherben zu den alia capitula legibus concessa, obgleich das Gesetz schlechthin sagt: quantum ad institutionem heredum solle das Testament keine Kraft haben.

317) Puchta, Pand. §. 493, Note k. l.

zugestanden habe[318]). Nach der hier gewonnenen Ansicht aber ist es consequent anzunehmen, daß die enterbten sowohl wie andere Intestaterben zu der durch die Rescission der Erbeinsetzungen eröffneten Intestaterbfolge berufen werden[319]), wie es nach der richtigen Ansicht auch in Folge der querela inofficiosi der Fall war, und dieser consequenteren Annahme steht auch das Gesetz nicht im Wege, da es in cap. 3 u. 4. a. E. zuerst schlechthin Intestaterbfolge anerkennt und dann bei der Schlußbestimmung betreffend den sonstigen Inhalt des Testamentes, offenbar nur solche Verfügungen im Auge hat, welche die eigentliche (unmittelbare) Erbfolge in das Vermögen des Testators nicht angehen[320]).

34) Streitig ist auch, ob die dem Notherben, welcher das Testament angefochten hat, selbst zugedachten Vermächtnisse giltig bleiben. Man hat es geleugnet nach Analogie der bonorum possessio contra tabulas[321]); der Notherbe könne nur die Wahl haben, entweder das ihm durch den Willen des Erblassers Zugedachte oder das ihm gesetzlich gegen dessen Willen Gebührende zu fordern, er könne nicht Vortheile aus einem Testamente in Anspruch nehmen, das er doch selbst anfechte[322]). Aber es fehlt an einem hinreichenden Grunde für diese Meinung, da das Gesetz allgemein und ohne Einschränkung die Vermächtnisse aufrecht erhält[323]). Dieß kann wohl im einzelnen Falle zu unbilligen Resultaten führen, wenn andere eingesetzte Notherben nur mit ihrem Intestaterbtheile sich begnügen müssen; aber es kann auch der Fall sein, daß der Notherbe erst durch jene Vermächtnisse seinen Pflichttheil vollaus bekommt und daß dieselben zudem ganz oder theilweise anderen als gleichfalls notherbberechtigten Personen zur Last fallen, z. B. Legatarien oder solchen Intestaterben, die überhaupt kein Notherbrecht haben.

35) Zur Geltendmachung der Vermächtnisse dienen die gewöhnlichen Rechtsmittel, wie sie bei voller Giltigkeit des Testamentes gegen die eingesetzten Erben stattfinden würden, denen die Intestaterben gewissermaßen gesetzlich substituirt sind. Die Richtigkeit dieser Behauptung

---

318) L. 8. pr. D. de b. p. c. t. (37. 4.)

319) Vgl. oben nach Note 158 u. 304.

320) Mühlenbruch a. a. O. S. 288, Note 54a. Mayer a. a. O. bemerkt, unter den alia quaecunque capitula müßte doch noch etwas mehr als Pupillarsubstitutionen verstanden sein, alles andere außer Enterbungen sei aber schon vorher besonders genannt. Dieß ist nicht richtig. Es können noch mancherlei Anordnungen im Testamente vorkommen, die nicht zu den Vermächtnissen gehören, z. B. unter Begräbniß, Errichtung von Denkmälern und andere derartige Auflagen, die kein Vermächtniß enthalten, Legitimation von Kindern, auch Zurücknahme von Vermächtnissen, Verbot des Abzuges der Falcidia u. dgl.

321) L. 5. §. 2. D. de legat. praest. (37. 5.)

322) Francke a. a. O. S. 389. Bluntschli a. a. O. S. 263.

323) Mühlenbruch a. a. O. S. 284—286.

ergibt sich von selbst daraus, daß das Gesetz die Vermächtnisse ausdrücklich für giltig erklärt, als ob das Testament nicht rescindirt wäre, und es ist daher unnöthig und unzulässig, auch hier zu einer condictio ex lege seine Zuflucht zu nehmen [324]). Wollte man sie auch als Intestatfideicommisse betrachten, so würde das Resultat gleichwohl dasselbe sein. Sind die Vermächtnisse übermäßig, so haben die Erben wie gewöhnlich das Recht, die falcidische Quart, beziehungsweise als Notherben ihren Pflichttheil vorab zu fordern.

36) Vermöge der Codicillarclausel können nach der herrschenden, auch wohl begründeten, Meinung auch die Erbeinsetzungen als Universalfideicommisse aufrecht erhalten werden, wenn gleich das Recht der Notherben verletzt ist [325]). Jedoch kann dieß nicht gegen die offenbare Willensmeinung des Erblassers zugelassen werden, und wird daher mit Recht dann nicht angenommen, wenn derselbe erwiesenermaßen nur aus Irrthum einen Notherben übergangen und andere zu Erben eingesetzt hat. Es ist aber die Frage, ob in diesen Falle nicht überhaupt die Bestimmungen der Novelle 115 unanwendbar sind; ob nicht wegen jenes Irrthums das Testament seinem ganzen Inhalte nach für ungiltig zu erklären sei? Allein da schon nach älterem Rechte in Fällen dieser Art, selbst wo die absichtliche Uebergehung Ungiltigkeit des ganzen Inhaltes des Testamentes zur Folge gehabt hätte, doch nur die Erbeinsetzungen mit Aufrechthaltung der Vermächtnisse beseitigt wurden [326]), so kann nun um so weniger jenem Irrthum eine weitergreifende Wirkung beigelegt werden, nachdem durch das neue Gesetz allgemein nur Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen als Folge absichtlicher Verletzung des Notherbenrechtes der Kinder oder Eltern anerkannt worden ist [327]).

37) Noch ist insbesondre die Frage zu berühren, ob auch in Ansehung der Postumi die Vorschriften der Novelle 115 unbedingt zur Anwendung kommen? Viele behaupten, daß für diese das ältere Recht durch dieses neue Gesetz nicht abgeändert worden sei [328]), und nehmen daher auch noch an, daß ein giltiges Testament, wie früher, durch agnatio postumi rumpirt werde. Allein es fehlt an jedem Grunde, das

---

324) Derselbe S. 289.

325) Arg. L. 24. §. 11. D. de fideicommiss. libert. (40. 5.) Nicht entgegen sind L. 13. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 36. D. de legat. III., weil sie auf der Fiction des Wahnsinnes bei der querela inofficiosi beruhen, wornach diese auch die Ungiltigkeit aller Vermächtnisse nach sich zog. — Die herrschende Meinung vertheidigt auch Francke a. a. O. S. 416—421. Verfehlt ist die Gegenargumentation von Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 368—373. Vgl. dagegen v. Vangerow, Pand. II. S. 457—460.

326) L. 27. §. 4. L. 28. D. de inoff. test. (5. 2.) Cf. L. 92. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 3. C. de inoff. test. (3. 28.)

327) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 349—352, Bd. 35, S. 380—387.

328) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 372.

Gesetz, welches allgemein von Descendenten und Ascendenten spricht, nicht auch auf Postumi zu beziehen. Sollte auch eine rechtmäßige Enterbung derselben undenkbar sein, so ist nichtsdestoweniger die Vorschrift, daß der Erblasser seine Descendenten, wenn deren Ausschließung nicht durch einen rechtmäßigen Enterbungsgrund gerechtfertigt ist, zu Erben einsetzen, widrigenfalls das Testament rücksichtlich der Erbernennungen unwirksam sein soll, auch auf sie vollkommen anwendbar, so gut wie nach älterem Rechte die Vorschrift der Einsetzung oder Enterbung der sui heredes. Zudem aber ist vorerst in Ansehung der quasi postumi eine Enterbung offenbar sehr wohl denkbar, da sie schon zur Zeit der Testamentserrichtung eines enterbenden Vergehens sich schuldig gemacht haben können, und zwar kann man von solchen quasi postumi jetzt auch in der Classe der Ascendenten reden, indem der Sohn z. B. den Vater enterbt für den Fall, daß sein Kind ihn nicht überlebe. Aber auch in Ansehung wahrer Postumi, sofern sie zwar erst nach der Testamentserrichtung, aber doch noch bei Lebzeiten des Testators geboren werden, ist eine wirksame Enterbung nicht unmöglich, wenn die oben (23) über bedingte Enterbung aufgestellten Rechtssätze richtig sind [329]), während eben darnach die directe Enterbung eines solchen, der erst nach dem Tode des Erblassers geboren wird, freilich nicht stattfinden kann. Wenn also die Vorschriften der Novelle auch auf Postumi und Quasipostumi anzuwenden sind, so ergibt sich aus der bisherigen Entwickelung des Rechtes der Novelle 115 von selbst, daß durch agnatio oder quasi agnatio postumi das Testament nicht mehr, wie nach älterem Rechte, rumpirt wird. Es kommt nur darauf an, ob zur Zeit des Todes des Erblassers ein Descendent vorhanden, der nicht eingesetzt und nicht rechtmäßig enterbt ist; alsdann werden die Erbeinsetzungen, und nur diese, ungiltig; nur ist dabei, wie überhaupt in Beziehung auf gesetzliche Erbrechte die Regel zu beachten, daß der in jenem Zeitpunkte bereits Empfangene aber noch nicht Geborene pro iam nato habetur, falls er nachher wirklich rechtsfähig geboren wird.

38) Endlich ist noch daran zu erinnern, daß eine Enterbung in guter Absicht auch nach der Novelle 115 der Giltigkeit des Testamentes nicht im Wege steht [330]).

B. Das Recht der Geschwister.

Ueber dieses hat die Novelle 115 nichts verordnet, es sind daher die Bestimmungen darüber aus dem älteren Rechte zu entnehmen. Darnach aber haben

---

329) Z. B. wenn das Kind meines Sohnes A. gleich seinem Vater sich zu der Secte der Wiedertäufer bekennt. Vgl. übrigens dieses Werk Bd. III, S. 899.

330) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 901.

1) nicht alle erbfähigen Geschwister ein Notherbenrecht, sondern nur consanguinei im römischen Sinne, nämlich vollbürtige (germani) und halbbürtige von der Vaterseite (consanguinei im heutigen Sinne), jedoch ohne Rücksicht darauf, ob sie noch zu den Agnaten des Erblassers gehören oder nicht; Halbgeschwister von der Mutter her (uterini) haben nicht dasselbe Recht. So bestimmt die Hauptstelle hierüber in klaren Worten[331]). Zwar haben Manche behaupten wollen, daß nach neuestem Rechte auch den Halbgeschwistern von der Mutterseite gleiches Recht zukomme, da sie nun auch gleiches Intestaterbrecht haben, wie die consanguinei; allein das letzte war ihnen auch schon in dem revidirten Codex beigelegt[332]), sogar vortheilhafter als nach der Nov. 118., und gleichwohl wurde darin die angeführte ausdrückliche Vorschrift noch aufgenommen. Ein gleiches, ja selbst ein besseres Intestaterbrecht begründet eben keinen Schluß auf ein gleiches Pflichttheilsrecht, und daher kann das letzte auch den Kindern verstorbener Geschwister nicht zugestanden werden[333]), obgleich diese nach Nov. 118. mit den noch lebenden Geschwistern zusammen erben und die Kinder vollbürtiger Geschwister sogar den halbbürtigen Geschwistern selbst vorgehen[334]).

2) Die Geschwister, vollbürtige wie halbbürtige, haben nur ein bedingtes Notherbenrecht; sie können sich nämlich nur dann über Ausschließung von der Erbschaft beschweren, wenn unehrenhafte Personen zu Erben eingesetzt sind[335]). Darunter sind nicht blos Infame (im

---

331) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) Imp. Constantinus. — Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsperguntur vel liberti qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. Diese Constitution ist durch Combination von zwei Constitutionen des Theodosischen Codex gebildet worden, nicht ohne erhebliche Aenderungen: L. 1. Th. C. h. t. (2. 19.) Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur et germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio praetoris, petitionis aditus reseretur. — L. 3. ibid. Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur. Unde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum infamiae adspergitur vitiis is qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione praeposita praevaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.

332) L. 15. §. 2. C. de legit. hered. (6. 58.) v. J. 534.

333) L. 1. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 21. C. eod.

334) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 12—17. Francke a. a. O. S. 190—193.

335) L. 27. C. cit. Note 331. §. 1. J. de inoff. test. (2. 18.) Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus praelati sunt. Cf. Theophil. ad h. l.

juristischen Sinne) zu verstehen, sondern überhaupt solche, die durch ihre Handlungen oder Lebensweise und sonstige Verhältnisse einer gewissen Geringschätzung unterliegen und deren Einsetzung eben daher für die übergangenen Geschwister eine besonders kränkende Zurücksetzung enthält, wobei aber natürlich auch auf die persönlichen Eigenschaften der letzten Rücksicht zu nehmen, und im einzelnen Falle überhaupt dem Ermessen des Richters keine feste Schranke gesetzt ist [336]).

3) Unter der angegebenen Voraussetzung haben Geschwister ein Recht des Pflichttheiles und der Querel, wie es sonst Kindern und Eltern zustand. Zwar ist in neuerer Zeit wieder die Meinung vertheidigt worden, daß hier eigentlich nur von Entreißung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit der eingesetzten Erben zu Gunsten der Geschwister die Rede sein könne, nur mit der Eigenthümlichkeit, daß dieses Recht der Geschwister durch die querela inofficiosi testamenti geltend gemacht werde, wornach denn auch die hinreichend bedachten Geschwister nichtsdestoweniger jene Erbeinsetzung anfechten könnten [337]). Allein diese Meinung wird mit Recht fast von Allen als unbegründet verworfen [338]), da die Geschwister als berechtigt zur Querel neben den Ascendenten und Descendenten genannt werden [339]), also auch, sofern nichts Abweichendes besonders ausgesprochen ist, dieselben näheren Bestimmungen dabei hinzuzudenken sind, und zudem in einer Stelle die Geschwister nach jenen Personen auch geradezu als solche genannt werden, denen (interdum) ein gewisser Theil des Vermögens, ein Pflichttheil, hinterlassen werden müsse [340]).

4) Anspruch auf Erbeinsetzung haben die Geschwister nicht; ist ihnen der Pflichttheil auf andere Weise zugewendet, so können sie das Testament nicht anfechten, wenn gleich unehrenhafte Personen zu Erben eingesetzt sind, ebenso wie vor der Nov. 115. auch Descendenten und Ascendenten in solchem Falle die querela inofficiosi testamenti nicht anstellen konnten. Aber auch, wenn ihnen nur ein Theil des Pflichttheiles hinterlassen ist, können sie nicht das Testament anfechten, sondern nur Ergänzung des Pflichttheiles fordern, und es finden in dieser Beziehung die oben unter A. 12—16 aufgestellten Bestimmungen auch auf sie Anwendung, was zum Theil in den Gesetzen klar ausgesprochen

---

336) Francke a. a. O. S. 194—198. Vgl. Savigny, System Bd. 2, S. 222 flg.

337) Marezoll, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. I. S. 185—219.

338) Vgl. Francke a. a. O. S. 198—201. Glück a. a. O. Bd. 35, S. 89—119, und die Fortsetzung von Mühlenbruch a. a. O. S. 119—139. v. Vangerow, Pand. II. S. 261.

339) §. 1. J. h. t. (2. 18) L. 1. D. h. t. (5. 2.) L. 21. C. h. t. (3. 28.) Cf. §. 6. J. ibid.

340) Nov. 1. praef. §. 2.

ist[341]), zum Theil aus dem Zusammenhange als Consequenz sich ergibt.

5) Die Größe des Pflichttheiles ist für Geschwister ebenso zu bestimmen, wie für Descendenten und Ascendenten nach A. 5—11, und sie müssen sich auch in gleichem Maße, wie diese, andere Zuwendungen in den Pflichttheil einrechnen lassen[342]); nur findet die Bestimmung über Einrechnung der dos und donatio ante nuptias auf sie ebensowenig wie auf Ascendenten Anwendung. Man hat zwar in Zweifel ziehen wollen, ob die Erhöhung des Pflichttheiles durch Nov. 18. cap. 1. auch den Geschwistern zu statten komme; allein wenn man ein wirkliches, wenn gleich besonders bedingtes Pflichttheilsrecht derselben anerkennt und den Schlußsatz dieses Gesetzes nicht blos auf Descendenten bezieht, so ist kein Zweifel, daß er auch ebensowohl auf Geschwister wie auf Ascendenten zu beziehen sei.

6) Auch Geschwister können ein Pflichttheilsrecht nur in Anspruch nehmen, wenn sie überhaupt erbfähig und im einzelnen Falle zur Intestaterbfolge berechtigt wären (vgl. A. 1—3). Daher haben halbbürtige Geschwister kein Pflichttheilsrecht, wenn ihnen Kinder vollbürtiger Geschwister vorgehen, und vollbürtige Geschwister nicht, wenn z. B. ein minus plene adoptatus sie von der Intestaterbfolge ausschließen würde, obgleich dieser und jene nicht pflichttheilsberechtigt sind und daher ihrerseits das Testament, in welchem unehrenhafte Personen eingesetzt sind, nicht anfechten können. Eine andere Frage aber ist es, ob Geschwister auch, wenn sie mit Ascendenten als Intestaterben zusammentreffen, neben diesen, vorausgesetzt, daß turpes personae eingesetzt sind, ein Pflichttheilsrecht behaupten können. Viele leugnen dieses und nehmen an, daß die Geschwister, als welchen nur hypothetisch ein solches Recht beigelegt werde, den unbedingt berechtigten Ascendenten schlechthin nachstehen müssen, und nur, wenn solche nicht vorhanden sind, ein Pflichttheilsrecht haben[343]). Allein ein erheblicher Grund dafür ist nirgend angeführt worden[344]); die Natur der Sache, auf die man sich mit Nachdruck beruft[345]), spricht keineswegs dafür; denn kränkend für

341) L. 30. pr. C. h. t.: liberis vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat — — quae testamentum quasi inofficiosum queri poterant. L. 31. ibid.: ratione falcidiae minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus. L. 35. §. 2. ibid.: quae sanctio suas radices extendat — — ad omnes personas, quae de inofficioso querelam — — possunt movere. Cf. §. 1. 3. J. h. t.

342) L. 35. §. 2. C. cit.

343) Glück a. a. O. Bd. 7, S. 11, Note 46—53, S. 377, Note 64—66. Bluntschli a. a. O. S. 260, 261. Puchta, Pand. §. 488, Note g.

344) Francke a. a. O. S. 202—206. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 232—236. v. Vangerow a. a. O. S. 262.

345) Puchta a. a. O. bemerkt: die Eltern haben dieses (den Vorzug der Ascendenten vor den Geschwistern) mit Einsicht in die Natur der Sachen fast durchgängig angenommen, anders viele Neuere.

die Geschwister ist es nicht minder, wenn neben Ascendenten an ihrer Statt verächtliche Subjecte zu Erben eingesetzt sind, als wenn dieß geschehen ist, wo keine Ascendenten vorhanden waren. Wenn indessen zugleich Ascendenten gegen die Vorschrift der Nov. 115. im Testamente übergangen sind und von ihrem Rechte Gebrauch machen, so können die Geschwister das Testament nicht mit der Querel anfechten; denn durch jene wird auch für sie die Intestaterbfolge eröffnet, die Querel aber findet nur dann statt, wenn der Querelberechtigte nicht ohnehin auf andere Weise zur Erbfolge gelangt[346]).

7) Der Erbanspruch der Geschwister fällt weg, wenn sie aus besonderen Gründen von der Erbschaft ausgeschlossen zu werden verdienten[347]). Ohne Grund haben Manche angenommen, daß durch sie unehrenhafte Personen jedenfalls von der Erbschaft verdrängt werden könnten, woraus sich die Inconsequenz ergeben hätte, daß Kinder und Eltern solchen eingesetzten Erben gegenüber weniger Recht gehabt hätten als Geschwister[348]). Die Ausschließungsgründe für diese sind aber gesetzlich nicht näher bestimmt[349]). Die in Nov. 115. angegebenen Ausschließungsgründe können nur zur Analogie dienen. Nur zwei derselben sind unmittelbar auch auf Geschwister zu beziehen[350]). Außerdem sind drei Vergehen sehr bestimmt schon durch ein früheres Gesetz für Geschwister als Ausschließungsgründe anerkannt, wenn gleich zunächst nur in besonderer Beziehung auf lucra nuptialia angeführt[351]). Ganz mit Unrecht aber haben Manche diese für die einzig zulässigen angesehen[352]). Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister insbesondre auch immer dann anzusehen, wenn sie derselbe Tadel trifft, wie die eingesetzten Erben[353]).

8) Wenn nun Geschwister, während verächtliche Personen zu Erben eingesetzt sind, von der Erbschaft völlig ausgeschlossen sind (4), so können sie das Testament mit der querela inofficiosi testamenti anfechten und finden in dieser Beziehung denn noch die Bestimmungen des älteren Rechtes über Natur und Wirkung dieser Klage Anwen-

---

346) Unrichtig ist demnach, was Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 374, 375 behauptet, daß in obigem Falle für den Theil des Ascendenten die dem Erben auferlegten Vermächtnisse aufrecht erhalten, so weit aber die Geschwister zu klagen berechtigt sind, vernichtet werden.

347) L. 5. D. de inoff. test. Verbi de inofficioso vis illa est, docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum.

348) Francke a. a. O. S. 291.

349) Vgl. oben Note 74.

350) Nov. 115. cap. 3. §. 12. 13. Vgl. oben Note 291 und dieses Werk Bd. III, S. 896, Note 12, 13.

351) Nov. 22. cap. 47. pr. Vgl. Nov. 115. cap. 3. §. 3. 5. cap. 4. §. 1. 2.

352) Dagegen Glück a. a. O. Bd. 7, S. 206. Francke a. a. O. S. 292. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 382—391.

353) Arg. L. 11. C. de inoff. test. Vgl. oben Note 336.

dung[354]). Zwar haben Viele behauptet, daß nun auch diese Klage nicht mehr Ungiltigkeit des ganzen Inhaltes des Testamentes, sondern nur der Erbeinsetzungen bewirken könne[355]), und allerdings ist nicht zu leugnen, daß es inconsequent erscheint, wenn nun nach Nov. 115. die völlige Uebergehung von Kindern oder Eltern, selbst wenn verächtliche Personen zu Erben eingesetzt sind, doch nur Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen, die Uebergehung von Geschwistern aber im gleichen Falle auch Ungiltigkeit der Vermächtnisse und des übrigen Testamentsinhaltes zur Folge haben soll. Allein da das neue Gesetz auf die Geschwister keine Rücksicht nimmt, für diese also nur das ältere Rechtsmittel gegeben ist, welches seiner Natur gemäß jene strengere Wirkung äußert, so kann man nur dem Gesetzgeber einen Vorwurf daraus machen, daß er auch diese Inconsequenz, leider nicht die einzige im Notherbenrechte, hat bestehen lassen, aber als Interpret diese so wenig wie verschiedene andere beseitigen, daher denn auch von den Meisten das Gegentheil angenommen wird[356]). Zudem würde, wenn man es einmal mit verächtlichen Personen zu thun hat, die Consequenz der Sache denn doch wieder fordern, daß die Geschwister wenigstens die solchen Personen hinterlassenen Vermächtnisse nicht anzuerkennen brauchten. Aber die Wirkung der Querel der Geschwister beschränkt sich in jedem Falle nur auf den Erbtheil derjenigen Personen, deren Einsetzung die rechtswidrige Kränkung für jene enthält. Wenn also eine verächtliche Person mit anderen ehrenhaften zusammen eingesetzt ist, so kann die Querel nur gegen jene allein gerichtet und so nur theilweise Intestaterbfolge herbeigeführt werden[357]), in welchem Falle dann auch die Vermächtnisse nur, so weit sie den Erbtheil des verdrängten Erben treffen, ungiltig werden. Hieraus ergibt sich zugleich, daß Geschwister nicht in jedem Falle, wenn verächtliche Personen zu Erben eingesetzt sind, ihren ganzen Pflichttheil erlangen können, nämlich dann nicht, wenn diese Personen selbst auf weniger, als der Pflichttheil der Geschwister beträgt, eingesetzt sind.

C. Das Recht der dürftigen Wittwe.

Dieses ist schon an einem anderen Orte in diesem Werke näher bestimmt worden[358]). Es fragt sich nur, durch welches Rechtsmittel die Wittwe ihren Anspruch geltend zu machen habe, wenn ihr der gebührende Erbtheil nicht hinterlassen worden ist? Ausdrücklich erklärt das

---

354) Vgl. oben Note 84—126.

355) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7, S. 454, Note 68—72. Puchta, Pand. §. 494. Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 65.

356) Glück a. a. O. S. 455—460. Bluntschli a. a. O. S. 253 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 374—379, Note 58.

357) §. 1. J. de inoff. test. L. 24. D. de inoff. test. Cf. L. 15. §. 2 ibid.

358) Bd. V, S. 697—699.

Gesetz, daß, wenn der Mann ihr ein Vermächtniß von geringerem Betrage als jener Erbtheil hinterlassen habe, das Fehlende ergänzt werden solle [359]), wobei denn die Bestimmungen über die Ergänzungsklage der Kinder und Eltern analog anzuwenden sind. Aber auch wenn ihr nichts hinterlassen ist, kann die Wittwe jedenfalls nicht das ganze Testament anfechten, sondern nur den ihr gebührenden Theil des Nachlasses in Anspruch nehmen, und da ihr nicht das Recht gegeben ist, diesen als Erbin zu begehren, so ist es consequent, daß man ihr auch in diesem Falle nur eine persönliche Klage gegen die eingesetzten Erben auf Auszahlung des ihrem gesetzlichen Erbtheile entsprechenden Vermögensbetrages, als eines durch das Gesetz ihr gewährten Vermächtnisses, beilege [360]). Wenn übrigens durch einen anderen Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt wird, so tritt alsdann die Wittwe auch als gesetzliche Erbin ein, soweit sie nicht anderweitig befriedigt ist.

D. Das Recht des unmündig Arrogirten.

Auch dieses ist schon an einem anderen Orte näher bestimmt worden [361]). Es fragt sich aber noch, wie sich dieses Recht auf die sogen. Quarta Divi Pii zu dem Notherbenrechte der Kinder verhalte, zu welchen ja der Arrogirte auch gehört. Diese Quarta besteht in einem Viertheile des Vermögens des Arrogators [362]), kommt also, wenn der Arrogatus der einzige Intestaterbe wäre, dem Pflichttheile, welcher ihm nach älterem Rechte schon als Descendenten gebührte, gleich; aber es ist deßhalb keineswegs zu behaupten, daß nun durch Nov. 18. cap. 1. auch jene Quarta zu einem Dritttheile oder gar zur Hälfte gesteigert worden sei; denn sie war durchaus nicht identisch mit dem Pflichttheile der Descendenten, welcher wesentlich nur als eine Quote ihres Intestaterbtheiles bestimmt ist, während jene nicht nur der enterbte, sondern auch der emancipirte Arrogatus, dem das Intestaterbrecht eines Descendenten gar nicht mehr zusteht, fordern kann, und zwar als eine Schuld der Erbschaft, also mit einer persönlichen Klage gegen die Erben, testamentarische oder Intestaterben [363]). Wenn nun aber der Arrogirte in der Gewalt des Arrogator geblieben ist, so kann eine Collision zwischen dem Rechte auf die Quarta Divi Pii und dem Notherbenrechte, was ihm als Descendenten des Erblassers zukommt, sich ergeben, und dasselbe ist auch dann möglich, wenn der Arrogirte, er sei emancipirt oder nicht, ohnehin schon nach der natürlichen Verwandtschaft zu den pflichttheilsberechtigten Descendenten gehört. Gewiß ist nun, daß in solchem Falle der Arrogirte nicht die genannte Quarta und außerdem noch von dem

---

359) Nov. 53. cap. 6.: Si autem legatum ei reliquerit vir, minus autem quarta parte, compleri hoc.

360) Francke a. a. O. S. 481—483.

361) Bd. I, S. 157.

362) §. 3. J. de adopt. (1. 11.) L. 13. D. si quid in fraud. patroni. (38. 5.)

363) §. 3. J. cit. L. 1. §. 21. D. de collat. (37. 6.)

übrigen Vermögen seinen Pflichttheil als Descendent fordern kann[364]). Ungegründet aber ist es, wenn man ihn schlechthin nur auf das Recht der Quarta einschränken und ihm das Recht eines Descendenten, sofern es vortheilhafter für ihn wäre, nicht zugestehen will[365]). Nur die querela inofficiosi des älteren Rechtes wird ihm abgesprochen[366]), und zwar aus dem Grunde, weil durch die gesetzlich ihm gebührende Quarta jedenfalls sein Pflichttheilsanspruch vollkommen gedeckt war, also der Pflichttheil ihm nicht hinterlassen zu werden brauchte, um die nur subsidiär zulässige querela inofficiosi testamenti auszuschließen. Dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß der Arrogirte als suus heres ebenso gut wie jedes andere vollgiltig adoptirte Kind entweder eingesetzt oder enterbt werden müßte, wie schon daraus hervorgeht, daß der Anspruch auf die Quarta Divi Pii eben dem exheredirten, nicht dem präterirten Kinde beigelegt wird, weil das letzte wegen der Ungiltigkeit des Testamentes ohnehin ab intestato erbte[367]). Ebenso muß man dann behaupten, daß dasselbe nach Nov. 115. auch Anspruch auf Erbeinsetzung habe, wie andere Descendenten, und gleich diesen das Testament anfechten könne, wenn es ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes ausgeschlossen ist, und nicht minder ist es berechtigt, den ganzen Pflichttheil zu fordern, wie er sich nach Nov. 18. berechnet, wenn auch die Quarta Divi Pii weniger betragen sollte[368]).

Eine andere Frage ist, ob dem in der Unmündigkeit Arrogirten unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes auch die Quarta Divi Pii entzogen werden könne[369]). Dieß ist zu verneinen. Nur dem ex iusta causa Emancipirten wird das Recht darauf stillschweigend abgesprochen, dem Exheredirten wird dasselbe schlechthin und ohne Beschränkung beigelegt[370]). Wenn der Arrogator den Undankbaren, obwohl ihm der Anlaß dazu gegeben war, nicht emancipirt und so seiner natürlichen Familie zurückgegeben hat, so kann dieser, um den letzten Willen des Arrogator sich nicht kümmernd, die Quarta Divi Pii als Schuld von der Erbschaft fordern[371]).

Schließlich ist nun noch im allgemeinen zu bemerken, daß den Personen, welche Anspruch auf einen Pflichttheil haben, den letztwillige

364) L. 8. §. 15. D. de inoff. test.

365) So behauptet noch mit Anderen Francke a. a. O. S. 476 flg. Puchta a. a. O. §. 488, Note d; vgl. §. 493.

366) L. 8. §. 15. cit.

367) Francke sagt: es werde sich nimmer erweisen lassen, daß dieß die Ansicht des römischen Rechtes sei. Aber da er selbst nicht bezweifelt, daß der impubes arrogatus suus heres des Arrogator ist, so läge ihm der Beweis ob, daß dieser suus heres gegen die Regel auch präterirt werden dürfe, dieser Beweis aber wird durch L. 2. C. de adopt. (8. 47.) wahrlich nicht geliefert.

368) Vgl. v. Vangerow, Pand. I. §. 252.

369) Auch dieß wird von Francke behauptet a. a. O. S. 474 flg.

370) §. 3. J. cit.: si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa emancipaverit.

371) v. Vangerow a. a. O. S. 391.

Verfügung nicht willkürlich schmälern kann, zugleich ein Schutz gewährt ist gegen Beeinträchtigung dieses Anspruches durch Veräußerungen, insbesondre durch freigebige Zuwendungen, welche der Erblasser bei Lebzeiten vollzogen hatte. Dem unmündig Arrogirten dient zu diesem Zwecke, in Betreff der Quarta Divi Pii die Calvisiana und Faviana actio, die ursprünglich zum Schutze des Patrons gegen Verschleuderungen des Freigelassenen eingeführt ist[372]), anderen Pflichttheilsberechtigten die querela inofficiosae donationis[373]) und inofficiosae dotis[374]).

Von Anfechtung einer Schenkung wegen Schmälerung des Pflichttheiles findet sich die erste Spur in einem Rescripte des Alexander Severus, welches der Jurist Paullus anführt[375]). Spätere Constitutionen haben Näheres darüber bestimmt, aber freilich zu vielen Streitfragen Raum gelassen. Schenkungen unter Lebenden (denn die auf den Todesfall sind auch in dieser Beziehung den Vermächtnissen gleichzustellen) können darnach durch eine Rescissionsklage, nach Analogie der querela inofficiosi testamenti[376]), nach dem Tode des Schenkers von denjenigen angefochten werden, deren Pflichttheil dadurch verletzt worden ist[377]). Jedoch wird nur Kindern und Eltern dieses Recht ausdrücklich beigelegt, und nicht ohne Grund hat man die Ausdehnung desselben auf Geschwister, die nur ein bedingtes Notherbenrecht haben, und auf die dürftige Wittwe, welcher niemals eine querela inofficiosi testamenti zustand, als unzulässig angefochten[378]). Die herrschende

---

372) L. 13. D. si quid in fraud. patr. (38. 5.) Vgl. darüber dieses Werk Bd. I, S. 56—58, 157. Francke a. a. O. S. 486—498.

373) Cod. de inofficiosis donationibus. (3. 29.)

374) Cod. de inofficiosis dotibus. (3. 30.) Vgl. über beide Rechtsmittel Francke a. a. O. S. 498—540. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36, S. 38—139. Es wird davon im Art. Querel die Rede sein.

375) L. 87. §. 3. D. de legat. III.

376) Juxta formam, ad similitudinem, ad instar inofficiosi testamenti querelae. L. 1. 2. 4. 6. 9. C. h. t.

377) Daß auch der Schenker selbst die übermäßige Schenkung zurückfordern könne, behaupten Viele nach L. 5. C. h. t. für den Fall, wenn demselben nach der Schenkung noch rechtmäßige Kinder geboren werden. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 56—70. v. Vangerow, Pand. II. S. 292. Puchta, Pand. §. 491, Note c. Breidenbach, im Arch. für civ. Prax. XXVIII. S. 37 flg. Die Meisten sind dagegen. Vgl. Glück a. a. O. Bd. VII, S. 167—170. Mühlenbruch a. a. O. S. 57, Note 22. Savigny, System IV. S. 226, Note c. Die Worte ad patrimonium tuum revertetur braucht man nicht so ängstlich buchstäblich zu nehmen; dem Zwecke aber: ut filii postea nati debitum bonorum subsidium, sc. id, quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam liberis relinqui necesse est, consequantur, entspricht jene Meinung nicht zum besten; denn was der Vater selbst zurückerhält, das kann er nicht nur selbst aufzehren, sondern braucht davon auch seinen Kindern wieder nur den Pflichttheil zu hinterlassen. Freilich spricht für die erste Meinung die Erklärung der byzantinischen Interpreten, welche den Inhalt der L. 5. cit. als eine singuläre Neuerung bezeichnen. Basilic. XLI. 4. ed. Heimbach Vol. IV. p. 157.

378) Puchta a. a. O.

Meinung ist aber dennoch für eine solche Ausdehnung[379]), wenigstens zu Gunsten der Geschwister, falls nämlich der Beschenkte eine Person ist, deren Erbeinsetzung jene zur querela inofficiosi testamenti berechtigen würde[380]).

Die Rückforderungsklage richtet sich gegen den Beschenkten oder dessen Erben. Die von Manchen vertheidigte Meinung, daß sie gleich einer qualificirten Erbschaftsklage auch gegen den dritten Besitzer stattfinde[381]), wird mit Recht von den Meisten als völlig ungegründet verworfen[382]). Ungegründet aber ist es auch, wenn man dabei von der Ansicht ausgeht, daß der Kläger Erbe des Schenkers sein müsse[383]). Dieß ist in den Gesetzen nirgends ausgesprochen[384]), es folgt auch nicht aus der ohnehin nicht durchgreifenden Vergleichung mit der querela inofficiosi testamenti[385]), und dem Zwecke des Institutes ist es zuwider; denn müßte der Notherbe, um die pflichtwidrige Schenkung anzufechten, die Erbschaft annehmen, so könnte ihm der kaum gerettete Pflichttheil wieder entgehen, um die Gläubiger zu befriedigen; diesen würde die Rescission der Schenkung zu Gute kommen, wenn gleich die letzte nicht als alienatio in fraudem creditorum facta angefochten werden konnte[386]).

Sehr streitig ist auch die Frage, in welchem Maße die pflichtwidrige Schenkung rückgängig gemacht werden könne. Nach der herrschenden Meinung kann dieß nur insoweit geschehen, als durch die Schenkung der Pflichttheilsanspruch des Klägers beeinträchtigt worden ist[387]), und diese Meinung wird auch durch mehrere Stellen des Justi-

---

379) Francke a. a. O. S. 503. Mühlenbruch a. a. O. S. 55, 56.

380) Mayer, Erbr. I. S. 298. Dieser beruft sich auf L. 4. C. h. t., wo er das Wort omnibus für absichtlich interpolirt hält, anstatt das in L. un. Th. C. h. t. vorkommenden omnis, und dasselbe für den Dativ nimmt, als hieße es in commodum omnium, sc. qui de inofficioso agere possunt.

381) Glück a. a. O. S. 174—176.

382) Mühlenbruch a. a. O. S. 70—74.

383) So Francke a. a. O. S. 501, 517. Mühlenbruch a. a. O. S. 71.

384) Wenn L. 3. C. h. t. den Fall setzt, daß die Eltern inane nomen heredis liberis reliquerunt, so will sie diesen gewiß nicht zumuthen, die bedenkliche Erbschaft anzutreten, um dann erst als Erben durch Rückforderung der Schenkung ihren Pflichttheil zu erobern.

385) Wer die querela inofficiosi testamenti anstellte, war nicht schon Erbe, sondern wollte es erst durch die Rescission des Testamentes werden; wer die querela inofficiosae donationis anstellt, braucht nicht schon Erbe zu sein, will es aber auch nicht durch die Rescission der Schenkung werden.

386) Man könnte sich hiergegen auf das beneficium inventarii berufen wollen; allein dieses bestand noch nicht nach vorjustinianischem Rechte, und wenn der Notherbe den Gegenstand der revocirten Schenkung als Erbe besäße, so würde es auch die Gläubiger nicht hindern, den Betrag desselben zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen.

387) Glück a. a. O. Bd. VII, S. 158—173. Mühlenbruch a. a. O. S. 97—117. v. Vangerow a. a. O. S. 292—295.

nianischen Rechtes unterstützt[388]), wenn gleich zugegeben werden muß, daß nach dem oben angeführten Rescript von Alexander Sever eine weiter sich erstreckende Revocation der Schenkung anerkannt zu sein schien[389]), wie auch die querela inofficiosi testamenti nicht blos auf den Pflichttheil sich beschränkte. Viele aber behaupten eben deßwegen, jedoch mit mehrfältigen Unterscheidungen, daß die Schenkung ganz oder doch zu dem der Intestaterbportion des Klägers entsprechenden Theile zurückgefordert werden könne[390]), insbesondre ist in neuester Zeit wieder die Ansicht ausführlich vertheidigt worden, daß im Falle gänzlicher Ausschließung vom Pflichttheile der Kläger ganz nach Analogie der querela inofficiosi testamenti die Schenkung bis zu dem seiner Intestaterbportion entsprechenden Betrage zurückfordern, im Falle einer bloßen Verkürzung aber nach den Bestimmungen über actio suppletoria nur auf Ergänzung des Pflichttheiles klagen könne[391]). Indessen kann eine gänzliche Ausschließung vom Pflichttheile blos als Folge einer Schenkung eigentlich nicht stattfinden, indem diese nur über das gegenwärtige Vermögen verfügt und die Erbfolge in den Nachlaß des Schenkers nicht ausschließt[392]).

Was die Voraussetzungen der querela inofficiosae donationis betrifft, so wird von Manchen behauptet, daß die Schenkung aus der böslichen Absicht des Schenkers, den Pflichttheil zu verkürzen oder doch aus liebloser Gesinnung gegen die Notherben hervorgegangen sein und daher auch das Dasein dieser Absicht oder lieblosen Gesinnung vom Kläger bewiesen werden müsse, wobei sie jedoch zugeben, daß diese aus der Handlung selbst hervorleuchten könne, wenn Jemand so viel wegschenkte, daß er sich die darin liegende Schmälerung des Pflichttheiles ohne grobe Schuld nicht verhehlen konnte[393]). Auch scheinen mehrere Stellen auf eine solche Voraussetzung deutlich hinzuweisen[394]). Allein diese Stellen sind nur Rescripte, welche auf solche allerdings häufige Fälle Bezug nehmen; andere Stellen dagegen setzen nur ein den Pflichttheil verletzendes Mißverhältniß der Schenkungen zum Vermögen

388) L. 2. 5. 7. 8. C. h. t. L. un. C. de inoff. dot. (3. 30.) und besonders auch noch Nov. 92. cap. 1.

389) L. 87. §. 3. cit. Ratio deposcit id quod donatum est pro dimidia parte revocari, wobei man annimmt, daß mit dem beschenkten Enkel noch ein Intestaterbe concurrirte.

390) Vgl. über die verschiedenen Meinungen Glück und Mühlenbruch a. a. O. mit Breidenbach, im Arch. für civilist. Prax. Bd. XXVII, S. 339—344.

391) Breidenbach a. a. O. S. 338—369, und Bd. XXVIII, S. 28—33.

392) Puchta, Pand. §. 491, Note f.

393) Unter den Neueren haben diese Ansicht vorzüglich vertheidigt Kritz, über die querela inoff. donat. in seinen Abhandlungen S. 125 flg. und Mühlenbruch a. a. O. S. 74—97. Vgl. auch Mayer, Erbr. I. §. 108, Note 4, §. 110, Note 2.

394) L. 87. §. 3. D. cit. L. 1. 8. C. h. t. Cf. Fragm. Vat. 270.

des Schenkenden voraus, ohne auf die Gesinnung des letzten Rücksicht zu nehmen[395]), und auch bei der querela inofficiosi testamenti und actio suppletoria kommt es nur auf die objective Verletzung des Pflichttheiles an. Daher verdient die herrschende Meinung, welche den Beweis jener lieblosen Absicht des Schenkers überall nicht erfordert, den Vorzug[396]).

Jedenfalls aber wird vorausgesetzt, daß die Schenkung ihrem Betrage nach als eine übermäßige (immodica) und daher pflichtwidrige (inofficiosa) erscheine. Dieß ist der Fall, wenn das Vermögen durch Schenkung in dem Maße verringert wird, daß das übrigbleibende nicht mehr so viel beträgt, als der Pflichttheil von dem ganzen Vermögen des Schenkers, wenn dieses nicht durch Schenkungen geschwächt worden wäre, betragen würde[397]). Es kommt also dabei zunächst auf das Verhältniß der Schenkung zu dem ganzen Vermögen des Schenkers im Zeitpunkte der Schenkung an. Ist dieselbe in diesem Zeitpunkte nicht übermäßig, so kann sie nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wenn gleich das nicht verschenkte Vermögen späterhin durch andere Umstände so vermindert wird, daß nun den Notherben nicht mehr der Pflichttheil von dem ursprünglichen Vermögen des Schenkers übrig bleibt. Wenn aber durch mehrere nicht gleichzeitige Schenkungen das Vermögen so weit herabgebracht ist, so können allerdings die späteren Schenkungen, obgleich sie für sich, nach dem dermaligen Stande des Vermögens, das Maß nicht überschreiten, als pflichtwidrig angefochten werden; das Vermögen soll im ganzen durch Schenkungen, gleichzeitige oder nicht gleichzeitige, nicht in dem Maße verringert werden, daß den Notherben der Pflichttheil nicht übrig bleibt; es müssen also alle Schenkungen zusammengerechnet werden, um zu sehen, ob überhaupt übermäßig geschenkt worden sei[398]); aber, wenn dieß der Fall ist, so sind doch nur

---

395) L. 2. 3. 4. 6. 7. C. h. t. Cf. Fragm. Vat. §. 271. 282. Ob eine donatio oder liberalitas immensa, immodica, enormis und daher improbabilis sei, das bestimmt sich eben nur darnach, ob sie den Notherben ihren Pflichttheil übrig lasse.

396) Hille, de immodicar. donat. querela diss. (Marb. 1828.) p. 27—32. Francke a. a. O. S. 505—508. v. Vangerow a. a. O. S. 290 flg.

397) Ob die Größe des Pflichttheiles hier ebenso zu bestimmen sei, wie nach Nov. 18. cap. 1. bei der querela inofficiosi testamenti, ist zwar in neuerer Zeit rücksichtlich der Ascendenten (und Geschwister) bestritten worden, weil nur rücksichtlich der Kinder Nov. 92. die Bestimmung der Nov. 18. auf pflichtwidrige Schenkungen ausgedehnt habe. Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Untersuchungen S. 75 flg. Aber mit Recht wird dieses Bedenken von Allen als ungegründet angesehen. Es hätte der Nov. 92. gar nicht bedurft, um auch in Betreff der Schenkungen die Erhöhung des Pflichttheiles nach Nov. 18. geltend zu machen. Vgl. Francke a. a. O. S. 503 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 115 flg. Eine Abweichung in der Berechnung des Pflichttheiles aber kommt darin vor, daß, wer Schenkungen an Andere als pflichtwidrig anfechten will, sich auch die Schenkungen, welche er selbst empfangen hat, in seinen Pflichttheil anrechnen muß. Arg. L. 6. 7. C. h. t. Nov. 92. Francke a. a. O. S. 516.

398) In mehreren Stellen ist ausdrücklich von einer Mehrheit von Schen-

diejenigen Schenkungen als pflichtwidrige in Anspruch zu nehmen, welche wirklich an dem den Notherben vorzubehaltenden Theile des Vermögens sich vergriffen, und nur in dem Maße, in welchem dieß der Fall war, nicht auch die früheren, welche noch nicht über jene gesetzliche Schranke der Freigebigkeit hinausreichten [399]).

Wenn jedoch auch die Schenkung wirklich pflichtwidrig war, so kann sie doch nur insofern angefochten werden, als sich beim Tode des Schenkers ergibt, daß der Notherbe aus dessen Nachlasse nicht so viel erhalte, als ihm derselbe pflichtmäßig hinterlassen sollte [400]). Wenn daher das Vermögen nach der Vornahme der pflichtwidrigen Schenkung durch neuen Erwerb wiederum solchen Zuwachs erhält, daß dem Notherben nichtsdestoweniger sein voller Pflichttheil zukommt, so kann sich derselbe nicht beschweren. Nur muß hier bei der Berechnung der Größe des Pflichttheiles auch der spätere Zuwachs des Vermögens mit in Anschlag gebracht werden; es genügt nicht, daß nun gerade die durch die Schenkung bewirkte Verkürzung des Pflichttheiles, nach dem Vermögensstande zur Zeit der Schenkung berechnet, durch die spätere Vermögensvermehrung wieder ausgeglichen werde; vielmehr können z. B. fünf Kinder, deren Vater von seinem 8000 betragenden Vermögen 5000 verschenkt und dann wieder 1000 dazu erworben hat, immer noch 500 von der Schenkung zur Ergänzung ihres Pflichttheiles zurückfordern, weil dieser nun nicht blos von 8000, sondern von 9000 die Hälfte ausmacht [401]). Die Consequenz aber erfordert weiter anzunehmen, daß, wenn einmal durch Vermögensvermehrung die Verletzung des Pflichttheiles wieder vollständig aufgewogen war, dann aber durch andere Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt wird und daher beim Tode des Schenkers die Notherben wirklich nicht mehr so viel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, nun dennoch diese nicht mehr angefochten werden könne; denn der Grund der Verkleinerung des Pflichttheiles liegt nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensvermehrung beseitigt war, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, welche nicht das Recht gibt, eine frühere Schenkung anzufechten.

---

kungen als Anlaß der Querel die Rede; L. 1. 3. 5. 6. 8. C. h. t. Es wäre willkürlich, sich diese als gleichzeitige zu denken; die gesetzliche Bestimmung würde aber auch, wenn dieß richtig wäre, durch die Leichtigkeit der Umgehung ganz vereitelt werden.

399) Gegen die Meinung, als ob alle Schenkungen pro rata parte rescindirt werden müßten, vgl. Francke a. a. O. S. 514. Dieß gilt nur von gleichzeitigen Schenkungen, in derselben Art wie von pflichttheilverletzenden Vermächtnissen, als welche immer dem Rechte nach gleichzeitige sind.

400) Arg. Nov. 92. cap. 1.

401) Dieß ist nicht berücksichtigt von Hommel, Rhapsod. V. p. 16. und Glück a. a. O. Bd. VII, S. 98. Vgl. dagegen Francke a. a. O. S. 510. Mühlenbruch a. a. O. S. 119, 120.

Unzweifelhaft ferner wird die Anfechtung der Schenkung ausgeschlossen, wenn durch eine Veränderung in der Person der Notherben die Verletzung des Pflichttheiles beseitigt wird. Wenn z. B. in dem eben erwähnten Falle eines der fünf Kinder vor dem Vater gestorben wäre, so könnten die überlebenden vier die Schenkung von 5000 nicht anfechten, weil ihr Pflichttheil nur ein Dritttheil der Intestaterbportion beträgt, dieses aber in den übrig gebliebenen 3000 noch vollständig enthalten ist, obwohl nun jedes Kind weniger bekommt als wenn alle fünf am Leben geblieben wären. Ebenso ist es gewiß, daß der Notherbe, welchem durch letztwillige Verfügung so viel zugewendet wird, als sein Pflichttheil betrug, die Schenkung nicht anfechten kann. Wenn z. B. der Vater ein Kind übermäßig beschenkte, dann aber das andere zu einem größeren seinen Pflichttheil deckenden Erbtheil einsetzt[402]), oder wenn der Vater von zwei Kindern $^5/_6$ seines Vermögens an Fremde verschenkte, dann aber das eine giltig enterbt und das andere allein auf das übrig gebliebene $^1/_6$ einsetzt, oder wenn ein Sohn nach solcher Schenkung den Vater allein einsetzt mit Uebergehung eines noch lebenden Bruders, so muß die Schenkung unangefochten bleiben, weil der Notherbe in allen diesen Fällen so viel bekommt, als ihm gesetzlich gebührt. Was aber den letzten Fall betrifft, so dürfte man consequent behaupten, daß auch dann, wenn der Schenker ohne Testament stirbt, die Schenkung nicht angefochten werden könne. Da nämlich der Bruder weder auf Hinterlassung eines Pflichttheiles, noch auf Einsetzung Anspruch machen kann (falls nicht eine turpis persona bedacht wird), so ist die Schenkung, die den Pflichttheil des Vaters übrig läßt, noch gar keine pflichtwidrige Schenkung; pflichtwidrig ist nur die Unterlassung einer letztwilligen Verfügung, wodurch dem Intestaterbtheile des Vaters so viel zugelegt wird, daß er den Pflichttheil ungeschmälert erhalte. Der Anspruch auf den Pflichttheil ist ein gesetzlicher Anspruch, der vor allem zunächst aus dem wirklichen Nachlasse zu befriedigen ist, und nur eventuell, so weit dieser nicht ausreicht, kann eine Schenkung unter Lebenden deßhalb angefochten werden; daher wird den nicht pflichttheilsberechtigten Miterben vorerst Alles entzogen, ehe eine Schenkung als pflichtwidrige angegriffen werden kann.

Eine andere Frage ist es, ob die Schenkung auch in subjectiver Beziehung schon im Zeitpunkte ihrer Vornahme als pflichtwidrige sich darstellen müsse, um später aus diesem Grunde angefochten werden zu können; ob also die in jenem Zeitpunkte noch nicht vorhandenen Notherben die Schenkung jedenfalls nicht anfechten können. Versteht man

402) Auf diesen Fall bezieht sich Nov. 92. Dieses Gesetz berechtigt nicht nur, sondern verpflichtet sogar den Vater, welcher einige von seinen Kindern übermäßig beschenkt hat, dieses durch letztwillige Verfügung wieder auszugleichen, also den beschenkten Kindern weniger zu hinterlassen, als ihr Pflichttheil vom Nachlasse beträgt, obgleich sonst einfache Schenkungen unter Lebenden nicht in den Pflichttheil eingerechnet werden.

die L. 5. C. h. t. so, wie oben in Note 377 nach der herrschenden Meinung angenommen wurde, so ist diese Frage zugleich mit entschieden; alsdann sind die später erzeugten Kinder befugt, die früher vollzogene Schenkung anzufechten, um den Pflichttheil zu erlangen[403]). Aber auch wenn man jene Stelle zunächst auf ein Revocationsrecht des Vaters selbst deutet, scheint es angemessen, dasselbe den nachgeborenen Kindern einzuräumen, wenn der Vater keinen Gebrauch davon macht[404]). Denn der ausdrücklich erklärte Zweck des Gesetzes ist: ut filii postea nati debitum bonorum subsidium consequantur. Indem es somit den fraglichen Theil der Schenkung als debitum subsidium, d. i. als Pflichttheil, bezeichnet, kann es nicht zugleich die Verwirklichung des betreffenden Anspruches dem bloßen Gutdünken des Schenkers Preis geben wollen oder die Vereitelung jenes Zweckes durch dessen Unthätigkeit gut heißen; vielmehr liegt in dieser Unterlassung dann eben eine Verletzung des Pflichttheilsrechtes der nachgeborenen Kinder, welche diese zur Rückforderung berechtigt[405]). Wenn man umgekehrt eben darin, daß hier die querela inofficiosae donationis für die nachgeborenen Kinder nicht begründet sei, den Grund zu erkennen glaubt, warum iure singulari dem Schenker selbst die Rückforderung gestattet werde[406]), so traut man dem Gesetzgeber ein seinem Zwecke schlecht entsprechendes Manoeuver zu, den er ohne stärkere Abweichung von der Consequenz sicher erreichen konnte[407]). Minder bedenklich wird man sein, denjenigen die querela inofficiosae donationis einzuräumen, welche zur Zeit der pflichtwidrigen Schenkung zwar noch nicht unmittelbares Notherbenrecht hatten, z. B. Enkel oder Eltern, aber nachher in die Stelle der damaligen nächsten Notherben einrücken, da man ja auch bei der querela inofficiosi testamenti eine successio anerkennt.

In allen übrigen Beziehungen nun muß sich die querela inofficiosae donationis nach ihrem Vorbilde, der querela inofficiosi testamenti, richten. Daher findet sie wie diese nur in subsidium Anwendung, wenn

---

403) Glück a. a. O. S. 167.

404) So nimmt auch Francke an a. a. O. S. 119 und Mayer, Erbr. §. 108, Note 1, 4, welcher letzte schon in dem Nichtdenken an postumi eine zur Begründung der Querel genügende Lieblosigkeit erkennt. And. Mein. Mühlenbruch a. a. O. S. 69, 70. v. Vangerow a. a. O. S. 292, der erste jedoch einräumend, daß es dem Richter, der hier Billigkeit üben will, so wenig an Gründen als an Autoritäten dafür fehlen werde.

405) Man kann dagegen nicht anführen, daß in anderen Fällen das Recht des Schenkungswiderrufes nicht auf die Erben übergehe; denn hier ist ja das Interesse der Erben allein das Motiv der Gestattung des Widerrufes.

406) v. Vangerow a. a. O.

407) Auch die Scholien zu den Basiliken (vgl. Note 377), die ebenfalls von einem ius singulare reden, stimmen mit unserer Ansicht überein, indem sie dieses novum ius durch die Rücksicht rechtfertigen, daß sonst die Kinder durch die Schenkung Unrecht erlitten, ohne eine Hilfe dagegen zu haben, was ebenso auch der Fall wäre, wenn der Vater nicht widerrufen will, dabei aber nicht aussprechen, daß nur dem Vater selbst die Rückforderung zustehe.

kein anderes Rechtsmittel, z. B. in integrum restitutio, zu Gebote steht, um denselben Zweck zu erreichen[408]). Daher ferner wird sie ausgeschlossen, wenn die Entziehung des Pflichttheils durch einen gesetzlichen Enterbungsgrund gerechtfertigt wird, welchen der Beschenkte zu beweisen hat[409]), und sie fällt weg durch den Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist, welche aber hier nicht von der Antretung der Erbschaft, sondern von dem Tode des Schenkers an zu berechnen ist, weil die Klage sofort mit diesem Zeitpunkte gegen den Beschenkten begründet ist[410]), sowie sie auch unvorbereitet nicht auf die Erben des verletzten Notherben übergeht[411]). Ganz nach Analogie pflichtwidriger Schenkungen ist die Bestellung eines übermäßigen Heurathsgutes (dos inofficiosa) zu beurtheilen[412]); sie wird nur deshalb besonders hervorgehoben, weil sie dem Manne gegenüber nicht als Schenkung zu betrachten ist[413]). Die Rescissionsklage aber richtet sich hier zunächst gegen den Mann; nach Auflösung der Ehe aber muß sie gegen denjenigen stattfinden, welchem die dos restituirt worden ist. Hat der Besteller selbst sich den Rückfall der dos vorbehalten, so bildet zwar dieses eventuelle Rückforderungsrecht einen Bestandtheil seiner Erbschaft und könnte insofern der Pflichttheil noch ungeschmälert erscheinen; allein da dem Notherben der Pflichttheil sofort nach dem Tode des Erblassers ohne Aufschub und ohne Beschränkung durch Bedingungen verabfolgt werden soll, und auch dieses Recht der Erblasser durch keine willkürliche Verfügung beeinträchtigen darf, so kann man gleichwohl behaupten, daß er die Herausgabe des seinen Pflichttheil ergänzenden Theiles der dos sogleich nach dem Tode des Erblassers verlangen könne, vorbehaltlich des ihm als Erben zustehenden Anspruches auf künftige Restitution der ganzen dos[414]).

Auch Vermögensveräußerungen unter onerosem Rechtstitel endlich können wegen Pflichttheilsverletzung angefochten werden, aber nur insofern in denselben eine versteckte Schenkung enthalten ist. Daher ist zu diesem Zwecke auch die querela inofficiosae donationis vollkommen ausreichend und es ist weder nöthig, noch auch im römischen Rechte gegründet, für diesen Fall eine actio Faviana und Calvisiana utilis aufzustellen[415]).

Arndts.

---

408) L. 4. C. h. t. Cf. L. 2. ibid. Fragm. Vat. §. 281. und darüber Hille l. c. p. 49—54.

409) L. 9. C. h. t. Nov. 92. cap. 1. §. 1. vgl. mit Nov. 115. cap. 3. 4., welche letzte jetzt auch hier maßgebend ist.

410) L. 20. C. de inoff. test. (3. 28.) Cf. L. 5. Theod. C. eod. (2. 19.) Glück a. a. O. S. 176 flg. Francke a. a. O. S. 534.

411) Mühlenbruch a. a. O. S. 127.

412) L. un. C. h. t. (3. 30.) Francke a. a. O. S. 536—540. Mühlenbruch a. a. O. S. 130—133.

413) L. 19. D. de o. et a. (44. 7.) L. 41. pr. D. de re iud. (42. 1.)

414) Arg. L. 32. 36. C. de inoff. test. (3. 28.)

415) Vergl. darüber Francke a. a. O. S. 540—544. Mühlenbruch a. a. O. S. 133—139. Mayer a. a. O. §. 110, S. 300—306.

Placet (placitum regium, literae pareatis seu exequatur) ist das Recht des Staates, kirchlichen Anordnungen und Erlassen vor ihrer Vollziehung die Genehmigung zu ertheilen[1]) und ist ein Ausfluß des in dem staatlichen ius circa sacra[2]) enthaltenen Aufsichtsrechtes über die Kirche. Dem Umfange dieses ius inspectionis entspricht das Placet, indem es die gesammte Rechtssphäre der Kirche berührt, also die Uebung ihrer eigenen Aufsicht selbst, ihre Gesetzgebung und Vollziehung, so daß die für diese Zweige der Verwaltung von der Kirche ausgehenden Anordnungen dem Staate nicht unbekannt bleiben dürfen. Die Wirksamkeit des Staates auf die einzelnen kirchlichen Erlasse kann eine kleinere oder größere sein; sie kann sich auf die bloße Kenntnißnahme beschränken und bis zur positiven Approbation der Form und des Inhaltes gesteigert werden. Daß im Placet nur das negative Recht der Rückweisung enthalten sei, kann nicht behauptet werden und richtig erklärt schon Van Espen „Vocantur literae placiti, ut significetur, bullas seu rescripta per principem eiusve curias discussa, ipsi non displicere, ideoque sibi placere, ut executionem in suis ditionibus obtineant et effectum sortiantur iuxta morem et stylum in suis ditionibus usitatum."

Anfänge der Placetirung kirchlicher Erlasse finden sich bald nach der Reception des Christenthums im römischen Reiche, indem die Kaiser die Schlüsse der Synoden bestätigten. Ein Gleiches geschah durch die fränkischen Könige. Es ist allerdings richtig, daß die Gesetzgebung des Staates über kirchliche Verhältnisse bis zum eilften Jahrhundert eine sehr ausgedehnte war und daß seitdem erst die Gesetzgebung durch die Kirche selbst umfassender wurde; daraus folgt indessen nicht, daß vor dem eilften Jahrhundert nicht bereits eine Sanctionirung der von der Kirche ausgegangenen Gesetze durch den Staat habe erfolgen können[3]). Eine solche Behauptung wird durch die Geschichte widerlegt[4]). Häufiger wurde die staatliche Bestätigung, seit die Kirche mehr in das weltliche Gebiet einzugreifen anfing und der Staat, der vom letzten Drittheil des

---

1) Literatur. Van Espen tractatus de promulgatione legum ecclesiasticarum ac speciatim bullarum et rescriptorum Curiae Romanae. (Opera omnia. Losanii 1753 Fol. Tom. IV. pag. 123 sq.; in der ältern kölner Ausgabe Tom. II., besonders Pars II. III. IV.) Aug. Adrian. Alex. Besier specimen de iuris placeti historia in Belgio. Trajecti ad Rh. 1848. 8. Die wichtigeren neueren Gesetze finden sich gesammelt in (v. Kamptz) Codicillus das landesherrliche ius circa sacra betreffend. Berlin 1838. 8. (Ein besonderer Abdruck aus dem hundertsten Hefte der Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung.)

2) Vergl. den Artikel: Staat und Kirche.

3) Besier l. c. p. 6 sq.

4) Vergl. von Justinian Nov. VI. cap. I. §. 8. CXXXI. cap. I. — Bestätigung des Concil. Matiscon. II. a. 585. Nr. 1 durch König Gunthram (Pertz, Monum. Germ. III. 3. 4.), des Concil. Paris. V. a 614 durch Chlothar II. (a. a. O. 14, 15) s. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts I. 48, 128. Allerdings ist hierbei nicht zu verkennen, daß eine Mischung bloßer Bestätigung und eigener Gesetzgebung stattfindet.

eilften Jahrhunderts, bis gegen Ende des dreizehnten der Machtvollkommenheit der Kirche und des päbstlichen Stuhles unterlag [5]), sich wieder freier zu bewegen anfing. Spuren eines Placets, sowie des Verbotes päbstlicher Bullen finden sich während des Streites Philipps des Schönen von Frankreich mit Bonifaz VIII. [6]) im Jahr 1302. In Teutschland führten die Kämpfe Ludwigs des Bayern mit Johann XXII. zu einer strengern Ueberwachung der kirchlichen Gesetzgebung und einer bestimmtern Scheidung des weltlichen und geistlichen Regiments nicht blos in den Territorien weltlicher, sondern auch geistlicher Landesherren. Die drei geistlichen Kurfürsten trafen die Einrichtung, daß päbstliche Bullen vor ihrer Publication und Vollziehung durch einen besondern Beamten, einen Official oder Siegelbewahrer untersucht und approbirt werden sollten. So declarirt der kölnische Official zu einer Bulle Innocenz VI. im Jahre 1352: „Dicimus, mandato Domini Nostri et Rev. Patris Domini Wilhelmi Coloniensis Archiepiscopi super examinatione literarum sedis Apostolicae ante earum executionem faciendam esse satisfactum et eas debere, nisi aliud obstat, executioni debitae demandari“ [7]). Ihren Metropoliten folgten die Suffraganen [8]). In den Niederlanden bildete sich im vierzehnten Jahrhunderte eine gleiche Praxis [9]), und im funfzehnten in Italien [10]), Portugal [11]) u. a. Als ein Herkommen in Frankreich stellte Pierre Pithou 1594 das Placet in mannigfacher Anwendung unter die libertés de l'église gallicane Artikel X, XVII, XLI, XLIV, LXXVII [12]). Dieses Recht des Staates behauptete sich seitdem, ungeachtet des Widerspruches der römischen Curie, welche selbst so weit ging, über alle diejenigen, welche die Verkündigung und Vollziehung päbstlicher Bullen und Breven hindern würden, die

---

5) Vergl. Dictum Gratiani zur dist. XCVI. c. 10 X. de constitutionibus (I. 2.) (Innocent. III. a. 1199) verb. c. 1 dist. XCVI. c. 23. Can. XVI. qu. VII.

6) Drumann, Geschichte Bonifazius des Achten. (Königsberg 1852) Th. II, S. 29.

7) Kindlinger, Sammlung von Handschriften, im Archiv zu Münster, Tom. CIV. Fol. 282, vergl. Concilium Coloniense a. 1353 bei Hartzheim, Collectio Conciliorum Germaniae Tom. IV. Fol. 472. Eine gleiche Bestimmung des Erzbischofs Berthold von Mainz bei Kopp von der hessischen Gerichtsbarkeit mittlerer Zeiten II. 160. Eben so die unter Erzbischof Otto von Zigenheim in Trier 1423 gehaltene Synode. (Hartzheim l. c. Tom. V. Fol. 226.)

8) Verordnung des Bischofs von Münster 1384 bei Kindlinger a. a. O. Tom. XIX. Fol. 156, des Bischofs von Paderborn 1434 u. a.

9) Besier l. c. p. 10 sq. p. 34 sq. und den daselbst citirten P. Stockmans jus Belgarum circa bullarum pontif. receptionem (in dessen Werken, Brüssel).

10) Florentiner Statuten von 1415 (Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes B. XIV. H. II. S. 172) u. a.

11) Schreiben Martin's V. an die Erzbischöfe von Portugal bei Raynald annal. ad a. 1427 n. 19.

12) Bei Dupin manuel du droit public ecclésiastique Français (Paris 1845) ed. IV. G. de Champeaux le droit civil ecclésiastique Français etc. (Paris 1848) 8. u. a.

Excommunication zu verhängen, die auch in der Bulla in Coena Domini declarirt wurde[13]). Diese Bulle selbst aber wurde in vielen Ländern sofort verboten[14]), ein Schicksal, welches auch andere päbstliche Erlasse betroffen hat, wie den Innocenz X. über die Verwerfung des westphälischen Friedens[15]).

Durch die Doctrin und Gesetzgebung wurden nach und nach festere Grundsätze über den Umfang und die Anwendbarkeit des ius placiti aufgestellt. Man unterschied sowohl die Externa und Interna, als die verschiedenen Arten kirchlicher Verordnungen und zwar die von einheimischen und auswärtigen geistlichen Oberen. Zwar kam es in den einzelnen Ländern nicht zu übereinstimmenden Festsetzungen, doch behauptete sich die Uebung des Placet überall bis in die neueste Zeit.

Seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts wird fast überall angenommen, daß es einer Approbation der kirchlichen Vorschriften nicht bedürfe, wenn dieselben sich auf reine Gewissenssachen bezögen. In Frankreich erging eine königliche Declaration unterm 8. März 1772, nach welcher alle Erlasse des römischen Hofes vom Staate autorisirt werden sollten, mit alleiniger Ausnahme derjenigen „qui concernent le for intérieur seulement, même les dispenses de mariages“[16]). Die Ansicht, daß die organischen Artikel vom 18. Germinal X (8. April 1802) Tit. I. art. I. dauernd jene Ausnahme aufgehoben haben[17]), ist nicht richtig, denn das kaiserliche Decret vom 28. Februar 1810 gestattet die Vollziehung der Breven der Pönitentiaria für das forum internum ohne Autorisation[18]). In Oesterreich soll nach den Hofdecreten vom 12. September 1767 und 2. Januar 1768 jede päbstliche affigirte Bulle von der Landesstelle abgenommen werden, wenn ihr

---

13) Urban VIII. in der Bulle Pastoralis a. 1627 §. 7. 13. (Bullarium Romanum VI. 38. 40.)

14) Libertés de l'église gallican. art. XVII. (s. Anm. 12). Für Teutschland ging das Verbot von Rudolf II. aus. (Le Bret, pragmatische Geschichte der Bulle in Coena Domini. Th. III, S. 169, wo auch III, 1 flg. IV, 210 flg. anderweitige Verbote nachgewiesen sind.)

15) Die im Widerspruche mit J. P. O. art. XVII. §. 3 erlassene Bulle: Zelo domus Dei vom 20. Nov. 1648 (Bullarium Rom. IV. 269) durfte in Teutschland nicht publicirt werden. Als der Erzbischof von Trier sie publiciren wollte, wurde ihm mit Entlassung gedroht. Daher erklärt unter andern Walter (Lehrbuch des Kirchenrechts. 9. Ausg. §. 113, Anm. o): „Die päbstliche Protestation war nur eine Verwahrung, die der Pabst seiner Stellung und seinem Gewissen schuldig war, die jedoch in die äußere Rechtsordnung nirgend mehr störend eingreifen kann. Dieses erkennen auch Mitglieder des römischen Hofes an.“

16) De Champeaux (Anm. 12. cit.) T. I. p. 295.

17) Die kölner Frage. Glossen zu der Schrift eines „practischen Juristen“ (Frankfurt a. M. 1838) 8. S. 25, 27.

18) De Champeaux T. II. p. 432. Hermens, Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus am linken Rheinufer (Aachen und Leipzig 1833) 8. B. II, S. 496. Ueber die Entwickelung der französischen Gesetzgebung überhaupt seit 1789 vergl. Besier l. c. p. 83. sq.

nicht das wesentliche und voraufzugehende requisitum des placitum regium ertheilt worden. Es ist dies durch mehrere spätere Hofdecreté wieder eingeschärft und namentlich durch das vom 17. März 1791 §. 3 Nr. 1 declarirt. „Diese Verordnungen beziehen sich nicht nur auf die nach der Zeit erschienenen, sondern auf alle auch vorhergegangenen Anordnungen ohne Ausnahme dergestalt, daß jede ältere Bulle, Constitution u. s. w., sobald man Gebrauch davon machen will, zuvor die landesfürstliche Genehmigung erhalten muß, und selbst für angenommene Bullen dauert die verbindende Kraft und ihre Giltigkeit nur so lange, als nicht im Staate durch neue Verordnungen etwas Anderes zur Beobachtung eingeführt wird[19])". Nach dem Hofdecrete vom 2. und 7. April 1784 bedürfen des Placet überhaupt alle allgemeinen Belehrungen, Anweisungen, Anordnungen an Pfarrer und Seelsorger, gleichgiltig in welcher Form dieselben ergehen[20]). In Bayern wurden durch Verordnung vom 3. April 1770 „geistliche Verordnungen und Gesetze der landesherrlichen Einsicht und Genehmigung" schlechthin unterworfen und die Grundsätze schon damals aufgestellt[21]), welche in dem Edict vom 24. März 1809 (§. 55. 65—68. 71. 90.)[22]) und in wesentlicher Uebereinstimmung in dem Edict vom 26. Mai 1818 über die äußeren Rechtsverhältnisse in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften (§. 38. 50. 57—59. 61. 77. 78.)[23]) wiederkehren. Hiernach sind alle geistlichen Erlasse dem Placet unterworfen, ausgenommen die Ausschreiben der geistlichen Behörden, wenn sich dieselben blos auf die untergeordnete Geistlichkeit beziehen, und dabei aus genehmigten allgemeinen Verordnungen hervorgehen.

Wenn römisch-katholische Landesherren ihre Kirchenhoheit in solchem Umfange ausübten, kann es nicht auffallend erscheinen, daß evangelische gleiche Maßregeln befolgten. In Preußen sah sich Friedrich II. genöthigt, im Jahre 1743 dem schlesischen Klerus zu eröffnen: „Wegen Dispense und einer Messe, wo es nöthig ist, mögt Ihr nach Rom schreiben, sonst aber sollen alle fremde Correspondenzen verboten sein"[24]). Später wurde ein eigener preußischer Agent in Rom accreditirt, durch dessen Vermittelung alle Expeditionen Roms befördert wurden[25]). Das allgemeine Landrecht Theil II, Tit. XI. §. 117, 118 statuirt ein allge-

19) v. Kamptz, Codicillus cit. S. 5, 177.

20) Helfert, Rechte und Pflichten der Bischöfe und Pfarrer u. s. w. (Prag 1832) 8. B. I, S. 65.

21) S. darüber v. Scheurl, Beiträge zur Beleuchtung der Schrift: Concordat und Constitutionseid u. s. w. (von Höfler) Beitrag II. (Erlangen 1847) 8. S. 6. flg.

22) v. Kamptz, Codicillus cit. S. 30 flg.

23) A. a. O. S. 49 flg. (s. Anm. 51.)

24) Stenzel, Geschichte des Preußischen Staats B. IV, (Hamburg 1851) S. 332.

25) Hofrescript vom 7. Novbr. 1772.

meines und unbedingtes Placet, welches auch auf ältere päbstliche Erlasse ausgedehnt wurde [26]). In Folge ministerieller Verfügung erfolgte 1817 und 1818 die Bestimmung, daß „Gesuche, deren Gegenstand Gewissensangelegenheiten und an die Poenitentiaria Romana gerichtet werden, in hergebrachter Form unmittelbar den päbstlichen Behörden zugefertigt und die von dort ergehenden Resolutionen den Staatsbehörden nicht vorgelegt werden dürfen [27])". Sodann wurde durch Circulare vom 1. Januar 1841 der königliche Beschluß veröffentlicht, nach welchem der Verkehr der Bischöfe des Landes mit dem päbstlichen Stuhle freigegeben ward, mit der Erwartung „nicht nur der jedesmaligen Anzeige vom Inhalte der Verhandlungen, sondern auch insbesondre, daß die Bischöfe die Schreiben oder Erlasse des päbstlichen Stuhles, welche nicht ausschließlich die Lehre betreffen, sondern zugleich den Staat und die bürgerlichen Verhältnisse wenn auch nur mittelbar berühren, ohne die vorangegangene Zustimmung der weltlichen Behörde weder verkündigen, noch sonst irgend in Anwendung bringen. Dagegen wird die weltliche Behörde die Zustimmung überall bereitwillig ertheilen, wo die Bekanntmachung oder Anwendung jener Schreiben und Erlasse weder dem Staate, noch den Rechten Einzelner nachtheilig ist [28])". Diesem Erlasse folgte eine ähnliche Entschließung des Königs von Bayern im Circulare vom 15. März 1841, wodurch das Ministerialausschreiben vom 18. April 1830 im Sinne des Concordats vom 5. Juni 1817. Artic. XII. Lit. e abgeändert wurde [29]).

Eine strengere Handhabung des Placet blieb anerkannt in Baden nach dem Edict die kirchliche Staatsverfassung betreffend vom 14. Mai 1807 Nr. 21 [30]); in Braunschweig in dem Landesgrundgesetz (Landschaftsordnung) vom 12. October 1832 §. 215; in Hannover nach dem Staatsgrundgesetze vom 26. September 1833 §. 63, 64, und 6. August 1840 §. 69 flg. [31]); im Großherzogthum Hessen in der Staatsverfassungsurkunde vom 17. December 1820 Art. 40 [32]); in Kurhessen in der Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831 §. 135 b—d [33]); im Großherzogthum Oldenburg in der Verordnung zur Regulirung der Diözesanangelegenheiten der katholischen Ein-

---

26) Rescript der westpreußischen Regierung vom 17. Juli 1800 Nr. 27. (Amelang, neues Archiv B. I, S. 269. v. Rabe, Sammlung preußischer Gesetze B. VI, S. 203.

27) Erlaß des rheinischen Oberpräsidiums vom 12. Mai 1817, des ostpreußischen vom 18. September 1818 (in v. Kamptz Annalen 1817 S. 125, 1818 S. 717).

28) Ministerial-Blatt für die gesammte innere Verwaltung 1841 S. 16.

29) Augsburger Allgem. Zeitung 1841 Nr. 93.

30) v. Kamptz, Codicillus cit. S. 90.

31) A. a. O. S. 163.

32) A. a. O. S. 151.

33) A. a. O. S. 160.

wohner vom 5. April 1831 §. 1 und 5 [34]); im Königreiche Sachsen im Mandat, die Ausübung der katholisch-geistlichen Gerichtsbarkeit betreffend vom 19. Februar 1827 §. 3 [35]); in Sachsen-Weimar im Edict die kirchlichen Verhältnisse betreffend vom 7. October 1823 §. 3 [36]); in Sachsen-Meiningen im Grundgesetz vom 23. August 1829 Art. 30 [37]); in Sachsen-Altenburg im Grundgesetz vom 29. April 1831 §. 131 [38]); im Königreiche Würtemberg in der Staatsverfassungsurkunde vom 25. September 1819 §. 72 [39]). Besondere Hervorhebung verdient außerdem die in den Staaten der oberrheinischen Kirchenprovinz vereinbarte Verordnung vom 30. Januar 1830, welche in den §§. 4, 5 die in der österreichischen Gesetzgebung (s. oben bei Anm. 19) beliebte Maßregel angenommen und in den §§. 9 und 18 die landesherrliche Bestätigung der Schlüsse der Provinzial- und Diözesan-Synode anordnet [40]).

Die römisch-katholische Kirche hat sich dem ius circa sacra des Staates niemals willig gefügt und es an Protestationen gegen die Uebung des landesherrlichen Placet niemals fehlen lassen. v. Kamptz behauptet offenbar zu viel, wenn er, um die Verpflichtung der Bischöfe, sich dem Placet zu fügen, zu rechtfertigen, auf die Befugniß derselben Bezug nimmt, beim Pabste gegen allgemeine Disciplinargesetze, welche zu den örtlichen Verhältnissen nicht passen, Vorstellungen zu machen, und die nöthigen Modificationen in Vorschlag zu bringen; wenn er insbesondre zu den gegründeten Gegenvorstellungen auch die rechnet, daß die päbstlichen Bullen die in der Diözese bestehenden Gesetze des Staates über das Placitum verletzen, und erklärt: „dem Pabste sind die Landesgesetze bekannt, er hat sie in Concordaten und andern Verträgen mit den Landesherren theils ausdrücklich, theils ferner stillschweigend dadurch angenommen, daß er erzbischöfliche und bischöfliche Stühle in Ländern errichtet, in welchen diese Gesetze bestehen [41])". Dieser Deutung widerspricht die Tendenz der Curie nach völliger Unabhängigkeit vom Staate, und die in alter und neuer Zeit von Anhängern des Curialsystems aufgestellte Ansicht, daß „das Placet dem göttlichen Rechte widerspricht", daß „das Gehässige des Placets für die Kirche in der darin ausgesprochenen Ueberordnung des Staates über sie liege, der, von ihrer Leitung emancipirt, sie leiten und nach seinen Interessen die freie Bewegung der kirchlichen Regierung beschränken und hemmen will". In solcher

---

34) A. a. O. S. 152.
35) A. a. O. S. 97.
36) A. a. O. S. 119.
37) A. a. O. S. 166.
38) A. a. O. S. 168.
39) A. a. O. S. 142 (s. Anm. 53).
40) A. a. O. S. 145.
41) A. a. O. S. 174, 175.

Weise äußerte sich, nach dem Vorgange des Erzbischofs von Köln Clemens August Freiherr Droste zu Vischering[42]), Phillips[43]) und Andere, die von einer völligen Gleichstellung des Staates und der Kirche hierbei ausgehen. Der genannte Erzbischof von Köln wirft die Frage auf: „Wird der Kirche seitens jener Gelehrten, welche das landesherrliche Placet so sehr in Anspruch nehmen, dasselbige Recht in Beziehung auf die Handlungen der Staatsgewalt anerkannt?" und antwortet: „Ist jenes wirklich ein Recht, so ist auch dieses ein Recht, und was man anführen könnte, um die Prätention für die Staatsgewalt in dieser Hinsicht zu begründen, das gilt auch für die Kirche[44])". Da der Staat, wenn er dieser Anschauung beipflichten wollte, das seiner alleinigen Cognition untergebene äußere Rechtsgebiet preisgeben müßte, so „steht hier Prinzip gegen Prinzip, zwischen denen kein Friede und keine Versöhnung ist, und es tritt mithin zuletzt die Macht des Staates hier zwingend in die Mitte[45])".

Im Kampfe zwischen Staat und Kirche hat die letztere in neuerer Zeit nicht selten bedeutende Fortschritte gemacht, wobei ihr die Entwickelung der Gesetzgebung über die Presse für die Beschränkung oder selbst Aufhebung des landesherrlichen Placet sehr zu Statten gekommen ist. So in Belgien, wo in der Constitution vom 25. Februar 1831 Nr. 16 folgende Bestimmung eine Stelle erhielt: „Der Staat hat kein Recht, sich in die Ernennung oder Einsetzung der Diener irgend einer Gottesverehrung zu mischen, oder ihnen den Verkehr mit ihren Oberen und die Bekanntmachung ihrer Acten zu untersagen; im letztern Falle mit Vorbehalt der gewöhnlichen Verantwortlichkeit im Betreff der Presse und der Bekanntmachung[46])". In Folge der Ereignisse des Jahres 1848 ist Aehnliches auch in mehreren andern Ländern verordnet, wie in Holland nach dem Grundgesetze vom 14. October 1848 Art. 170[47]); in Preußen, wo die Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 13 und 31. Januar 1850 Art. 16 bestimmt: „Der Verkehr der Religionsgesellschaften mit ihren Oberen ist ungehindert. Die Bekanntmachung kirchlicher Anordnungen ist nur denjenigen Beschränkungen unterworfen, welche allen übrigen Veröffentlichungen unterliegen[48]); in Oesterreich, wo zum Vollzug der durch §. 2 des

---

42) Ueber den Frieden unter der Kirche und den Staaten (Münster 1843) 8. Nr. VII. S. 106 flg.

43) Kirchenrecht B. III. (Regensburg 1850) S. 561.

44) Ueber den Frieden u. s. w. S. 112.

45) Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts §. 182.

46) Verb. Art. 18. Pölitz, die Verfassungsurkunde Europa's u. s. w. B. II, S. 237 flg. Schubert, die Verfassungsurkunde u. s. w. B. II, S. 315 flg.

47) Schubert a. a. O. II, 269.

48) Vergl. Art. 27, 28 der Verfassungsurkunde (Gesetzsammlung 1848 S. 375 flg., 1850 S. 17 flg.

Patents vom 4. März 1849 der katholischen Kirche verbürgten Rechte unterm 18. April 1850 die kaiserliche Entschließung in §. 1 und 2 festsetzt: „Sowohl den Bischöfen als den ihnen unterstehenden Gläubigen steht es frei, sich in geistlichen Angelegenheiten an den Pabst zu wenden, und die Entscheidungen und Anordnungen des Pabstes zu empfangen, ohne dabei an eine vorläufige Zustimmung der weltlichen Behörden gebunden zu sein. Den katholischen Bischöfen steht es frei, über Gegenstände ihrer Amtsgewalt und innerhalb der Grenzen derselben an ihren Klerus und ihre Gemeinden ohne vorläufige Genehmigung der Staatsbehörde Ermahnungen und Anordnungen zu erlassen, sie haben jedoch von ihren Erlässen, insofern sie äußere Wirkungen nach sich ziehen oder öffentlich kund gemacht werden sollen, gleichzeitig die Regierungsbehörden, in deren Bereich die Kundmachung erfolgen oder die Anwendung geschehen soll, Abschriften mitzutheilen [49])".

In besonderen Denkschriften haben sich die katholischen Bischöfe mit dem Antrage um Aufhebung des Placet an die übrigen teutschen Regierungen gewendet, ohne jedoch dessen volle Befriedigung zu erlangen. In Bayern hat das Staatsministerim auf die Denkschrift vom 2. November 1850 [50]) unterm 8. April 1852 entschieden [51]): „3. Für die von dem Oberhaupte der Kirche oder von den Bischöfen ausgehenden Jubiläums- und Ablaßverkündigungen, dann für die Fastenpatente wird hiermit das Placet bis auf weiteres im voraus ertheilt. Bei allen andern Erlassen und Ausschreibungen der geistlichen Behörden, auf welche nicht die Bestimmung des §. 59 des Religionsedictes Anwendung findet, sondern bei welchen gemäß Titel IV §. 9 der Verfassungsurkunde und §. 58 der Beilage II. die vorherige Einholung der königlichen Genehmigung bisher erforderlich gewesen, ist die Einholung dieser Genehmigung auch fernerhin nothwendig; und ist das Sr. Majestät als katholischem Könige zustehende Oberaufsichts- und Schutzrecht in seinem ganzen Umfange unangetastet aufrecht zu erhalten." Die Regierungen der oberrheinischen Kirchenprovinz haben auf die Denkschrift des Episkopats vom 5. December 1851 [52]) sich über einen gemeinsamen Erlaß verständigt und unterm 1. März 1853 eine desfallsige Verordnung publicirt [53]), in welcher §. 4 u. 5 der Verordnung vom 30. Januar 1830 dahin modificirt sind: „Die von dem Erzbischofe, dem Bischofe und den übrigen kirchlichen Behörden ausgehenden allge-

---

49) Die Entschließung nebst der ministeriellen Grundlage findet sich unter andern in der Berliner Allgem. Kirchenzeitung 1850 Nr. 34, 35 abgedruckt.

50) Denkschrift der vom 1.—20. October 1850 zu Freysing versammelten Erzbischöfe und Bischöfe Bayerns. München 1850. 4.

51) Augsburger Allgem. Zeitung 1852 Nr. 115, 118 (vergl. oben Anm. 23).

52) Berliner Allgem. Kirchenzeitung 1851 Nr. 45.

53) Die bezüglichen Erlasse nebst Erläuterungen in der cit. Kirchenzeitung 1853 Nr. 20 flg. Augsburger Allgem. Zeitung 1853 Nr. 69 flg.

meinen Anordnungen und Kreisschreiben an die Geistlichkeit und Diözesanen, wodurch dieselben zu etwas verbunden werden sollen, was nicht ganz in dem eigenthümlichen Wirkungskreise der Kirche liegt, sowie auch sonstige Erlasse, welche in staatliche oder bürgerliche Verhältnisse eingreifen, unterliegen der Genehmigung des Staates. Solche allgemeine kirchliche Anordnungen und öffentliche Erlasse, welche rein geistliche Gegenstände betreffen, sind der Staatsbehörde gleichzeitig mit der Verkündigung zur Einsicht mitzutheilen. Alle päbstlichen Bullen, Breven und sonstigen Erlasse dürfen nur von dem Bischofe und nur unter den vorstehenden Voraussetzungen verkündet und angewendet werden." Für die Schlüsse der Synode wird, wie bisher, das Placet gefordert. In der Schweiz ist in mehreren Cantonen zum Theil erst in neuester Zeit das Placet eingeführt worden, wie in Luzern 1834, Waadt 1837, Freiburg 1850 [54]).

Der Kampf der teutschen Staaten mit der katholischen Kirche um das Placet ist noch nicht beendet. Es gilt, was Preußen gegenüber von Rom im November 1852 geschrieben wird: „Man will sich nicht abfinden lassen mit diesem oder jenem Zugeständnisse; man will Alles oder Nichts; man weiß dort nur von diritti inalienabili della Santa Chiesa, welche, von protestantischen Regierungen von jeher confiscirt, nun wieder zurückerstattet werden müssen [55])."

In einem andern Verhältnisse, als die römisch-katholische Kirche erscheint die evangelische in ihren Beziehungen zum Staate und darum auch rücksichtlich des Placet. Verschiedenheiten mußten aber in den einzelnen evangelischen Landeskirchen daraus hervorgehen, daß die Verbindung des Kirchenregiments und der Kirchenhoheit enger oder loser eintrat oder gar nicht erfolgte. Wo die Consistorialverfassung zur Herrschaft gelangt ist, kann von einem Placet dann, wenn der Landesherr selbst Mitglied der Kirche ist, nicht wohl die Rede sein, es sei denn, daß die Staatsverfassung eine Mitwirkung der Stände beim Erlasse kirchlicher Verordnungen bedingt; dagegen tritt das Placet deutlicher hervor, wo sich eine evangelische Kirche unter einem Landesherrn anderer Confession befindet, oder wo sie eine presbyteriale Synodalverfassung besitzt. In welchen Fällen es der Placetirung bedarf, beruht auf partikularer Bestimmung. [56])

In Frankreich bestimmen die organischen Artikel für den protestantischen Cultus, Tit. I. Art. 4, 5, 14, 30 [57]): Keine Entscheidung in Sachen der Lehre oder des Glaubens, kein Formular, unter dem Titel eines Bekenntnisses oder unter irgend einem andern Titel, darf

---

54) Rheinwald, acta historico-ecclesiastica 1837 S. 223 flg. Berliner Allgem. Kirchenzeitung 1850 Nr. 89.
55) Augsburger Allgem. Zeitung 1852 Nr. 327.
56) Eichhorn, Kirchenrecht I, 249, 250, 772, 782 flg.
57) Codicillus cit. S. 23 flg.

veröffentlicht werden oder Gegenstand des Unterrichtes sein, ehe das Gouvernement die Publication oder Promulgation genehmigt hat. Keine Veränderung in der Disciplin darf ohne eine gleiche Autorisation erfolgen. Die Reglements für die Seminarien u. s. w. sind durch die Regierung zu approbiren. Die Schlüsse der Synode, welcher Natur sie auch sein mögen, bedürfen der Approbation des Gouvernements. — Die oben angeführten Verfassungsurkunden der teutschen Staaten gedenken auch der Placetirung von Erlassen für die evangelische Kirche, wie namentlich in Bayern vom 26. Mai 1818 §. 19 [58]); in Kurhessen vom 5. Januar 1831 §. 134 [59]); in Hannover vom 26. September 1833 und 6. August 1840 §. 59, 60 [60]); in Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831 §. 138 Nr. 5 [61]) u. a. m. Selbst da aber, wo in neuester Zeit das Placet der katholischen Kirche gegenüber fortgefallen, ist es seitens der evangelischen festgehalten, nicht etwa, wie in Preußen und andern evangelischen Landeskirchen, wo der Landesherr die Episkopalrechte besitzt, also bei der Bestätigung rein kirchlicher Erlasse nicht im Namen des Staates handelt, sondern da, wo die Kirche selbst das Regiment besitzt, wie in den Niederlanden [62]) — und dies darum, weil die evangelische Kirche aus Princip den Staat für berechtigt hält, jede in ihm zur Vollziehung kommende Anordnung der Kirche zu prüfen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß in seine Sphäre von der Kirche nicht eingegriffen werde und ihm überhaupt kein Abbruch geschehe [63]).

H. F. Jacobson.

Polizeirecht und Polizeivergehen. I. So wie das Criminalrecht zunächst im allgemeinen zu erörtern hat, auf welchem Grunde das Recht und die Pflicht der Justizgewalt, Verbrechen zu bestrafen, beruht, welche Handlungen criminell strafbar, welche Uebel als Strafen anzudrohen, und unter welchen Voraussetzungen diese zuzuerkennen sind; so nehmen wir an, daß das Polizeirecht festzustellen habe, auf welchem Grunde die Wirksamkeit der Polizeigewalt beruht, wie sich das Gebiet der Polizei, unter welcher wir hier den Inbegriff dieser Wirksamkeit verstehen, als ein für sich bestehendes abgrenzt, welche Grundsätze die Richtschnur für diese zu bilden haben, welche Mittel der Polizei zu Gebote stehen und in wiefern derselben insbesondre Strafgewalt zusteht.

---

58) A. a. O. S. 70.
59) A. a. O. S. 160.
60) A. a. O. S. 162.
61) A. a. O. S. 170.
62) Vergl. das unterm 23. März 1852 bestätigte Reglement für die reformirte Kirche. Im Jahre 1848 hatte sich die Synodalcommission sogar dagegen erklärt, daß in der neuen Verfassungsurkunde die Aufhebung des Placets überhaupt ausgesprochen werde.
63) S. v. Bethmann-Hollweg in der Monatsschrift für die evangelische Kirche des Rheinlands und Westphalens 1849 B. I, S. 43 flg.

Der Inbegriff dieser allgemeinen Grundsätze bildet nach unserer Ansicht das Polizeirecht. Dagegen ist die nähere Darstellung der von der Polizei in einzelnen Beziehungen zu entwickelnden Thätigkeit den Lehrbüchern der Polizeiwissenschaft vorzubehalten. Denn während das Criminalrecht es auch in Betreff der einzelnen Verbrechen und deren Bestrafung immer nur mit rechtlichen Begriffen zu thun hat, beruht die Thätigkeit der Polizei wesentlich auf Gründen der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit, tragen die von ihr anzudrohenden Strafen großentheils den Charakter reiner Zwangsmaßregeln an sich, und stellen sich die rechtlichen Verhältnisse, welche sich innerhalb des Gebietes der Polizei bilden, als eine Folge der Bestimmungen dar, welche sie zu Regulirung einzelner Verhältnisse trifft, wie sich dies aus den spätern Erörterungen ergeben wird. Wir werden uns daher darauf beschränken, im allgemeinen anzudeuten, inwiefern sich rechtliche Verhältnisse dieser Art bilden, unter welchen Voraussetzungen die Polizei nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit zu urtheilen hat, und auf welchen Grund deren Recht, Strafen zu verhängen, sich stützt. Fragt man aber, welche Grundsätze das Polizeirecht in diesem Sinne bilden, und sucht man ein Anhalten für die Beurtheilung dieser Frage zu gewinnen, so findet man, daß jener Begriff als ein feststehender sich noch keineswegs ausgebildet hat. Die Gesetzgebung pflegt nur in einzelnen Beziehungen Verbote oder Gebote zu erlassen und die dem Bereiche der Polizei angehörigen verschiedenartigen Verhältnisse nach Kategorien zu reguliren, ohne allgemeine leitende Grundsätze aufzustellen, insoweit nicht die neuere Zeit in einzelnen Staaten allgemeine Polizeistrafgesetzbücher hervorgerufen hat, und die Literatur hat sich in der Regel begnügt, oft genug nur in sehr vagen Ausdrücken den Begriff Polizei anzudeuten, ohne tiefer in deren eigenthümliches Wesen einzudringen und ohne darauf auszugehen, allgemeine Grundsätze im obigen Sinne aufzustellen, was die Folge gehabt hat, daß selbst über den Begriff noch große Unklarheit und Unsicherheit herrscht, daß die Grenzlinie für das Gebiet der Polizei bald zu eng bald zu weit gezogen wird, und daß eine rechtliche Grundlage für die Wirksamkeit der Polizei nicht gewonnen worden ist. — Der Unterzeichnete hat es versucht in seiner Schrift: Das Wesen der Polizei, zu näherer Feststellung ihres Begriffes und des Grundes und Umfanges ihrer Wirksamkeit (Leipzig 1844), in dieser Beziehung die Bahn zu brechen und es hat diese Schrift anerkennende Beurtheilungen gefunden, ohne daß jedoch sein Wunsch, es möge jener Versuch zu weiterer Forschung anregen, in Erfüllung gegangen ist. Wenigstens ist ihm nicht bekannt geworden, daß eine neuere Schrift diesen Zweck verfolgt habe.[1]) Derselbe wird daher in nachstehender

1) Die zweite Auflage von Robert v. Mohl's Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstandes ist ebenfalls im Jahre 1844 erschienen. In Wilhelm Jos. Behr's allgemeiner Polizeiwissenschaftslehre zur Ehren=

Darstellung im wesentlichen die Grundsätze zum Anhalten nehmen, welche von ihm in jener Schrift aufgestellt worden sind, jedoch nicht, ohne dieselben einer sorgfältigen Revision zu unterwerfen, insbesondre in Bezug auf das Verhältniß der Polizei zur Criminaljustiz, und auf die Feststellung des Begriffes der Polizeivergehen.

II. Geht man darauf aus, zu klaren und bestimmten Begriffen in den angedeuteten Beziehungen zu gelangen, so muß man vorerst sich klar zu machen suchen, um welche Rechte, Ansprüche, Pflichten und Verhältnisse es sich hierbei handelt, und wie sich die gegenüberstehende Thätigkeit der Staatsgewalt zu denselben verhält.[2]) In der minder scharfen Auffassung des eigenthümlichen und verschiedenartigen Wesens jener Ansprüche und Verhältnisse wie dieser Thätigkeit, liegt unzweifelhaft der Hauptgrund, daß das wahre Wesen der Polizei so oft verkannt wird.

Vor allem hat man hierbei

1) in's Auge zu fassen, daß der Mensch ein körperlich-geistiges, mit Sinnen begabtes und zugleich vernünftig-sittliches Geschöpf ist, und nach dem aus diesem seinem Wesen von selbst sich ergebenden Gesetze der Natur gesellig leben und im Verkehr mit Andern seine Kräfte ausbilden und benutzen soll, und daß er demnach auch verpflichtet ist, seinen Nebenmenschen gegenüber sich seinem Wesen und diesem Gesetze entsprechend zu bezeigen und allen den Ansprüchen zu genügen, welche jeder hieraus für sich ableiten darf. Diese Ansprüche sind aber doppelter Art. Denn es hat hiernach der Mensch nicht nur

a) einen Anspruch auf Sicherheit vor An- und Eingriffen auf und in die aus dem, im Coexistenzverhältniß an sich begründeten Rechtsgesetze (im engern Sinne) abzuleitenden Rechte der Individualität (Privatrechte) — wohin zu rechnen sind: das Recht auf Unverletzlichkeit der Persönlichkeit hinsichtlich des Lebens, des Körpers, des Geistes, der Freiheit zu handeln, insoweit diese nicht aus Rücksicht auf den Verkehr mit Andern zu beschränken ist, der Ehre, sowie die er-

---

rettung rechtsgemäßer Polizei mittelst scharfer Zeichnung ihrer wahren Sphäre und Grenzen (Bamberg 1848), und in Gustav Zimmermann's Wesen, Geschichte, Literatur, charakteristische Thätigkeiten und Organisation der modernen Polizei (Hannover 1852) ist obgedachter Schrift keine Erwähnung geschehen, und daß auch beide Schriften nicht geeignet sind, als eine Bereicherung der Polizeiwissenschaft angesehen zu werden, wird sich später zeigen.

2) Wir glauben nicht nöthig zu haben, hier auf eine nähere Erörterung des Staatszweckes einzugehen. Wir setzen einen Rechtsstaat voraus, dessen Aufgabe es ist, die Rechtsidee wie die sittliche Idee zu verwirklichen, und nehmen an, daß über das Verhältniß der Staatsbürger unter sich und zur Staatsgewalt, sowie darüber, wozu diese berechtigt und verpflichtet ist, an sich und im allgemeinen ein erheblicher Zweifel nicht obwaltet. Es kommt hier nur darauf an, die Verschiedenartigkeit jener Verhältnisse und der von dieser zu entwickelnden Thätigkeit in das rechte Licht zu stellen.

worbenen Rechte an Personen und Sachen und aus Obligationen gegen bestimmte Personen[3]) — sondern er kann

b) auch fordern, daß Niemand etwas vornehme oder unterlasse, was — ohne an sich ein bestimmtes Individuum zu berühren, und somit ohne eine Rechtsverletzung in jener engern Bedeutung zu sein — die Sittlichkeit gefährdet, zu einer Täuschung Anderer führen kann, eine Störung der allgemeinen Ruhe und Ordnung veranlaßt, das Gefühl oder die Sinne Anderer verletzt, oder sonst belästigend für diese ist oder werden kann; was unmittelbar oder mittelbar gefährdend für die Person oder das Eigenthum Anderer ist oder werden kann; was der Befriedigung der Lebensbedürfnisse und dem Gedeihen des Wohlstandes hindernd und erschwerend entgegentritt, da die Gefährdung der Sittlichkeit, dem Gebote, sittlich zu leben, entgegenläuft, die Täuschung oder Belästigung Anderer, und die Störung der allgemeinen Ruhe und Ordnung, mit dem Gebote, sich vernünftig zu verhalten, unvereinbar ist, die Unverletzlichkeit des Gefühles und der Sinne in dem Wesen des Menschen eben so begründet ist, wie die Unverletzlichkeit der individuellen Persönlichkeit, und die Erhaltung des Lebens, der Gesundheit, der Güter und das Gedeihen des Wohlstandes sich als eine nothwendige Bedingung für die Existenz und für die Ausbildung und Benutzung der menschlichen Kräfte darstellt.

Ferner hat man

2) in Betracht zu ziehen,

a) daß auch von der Natur, von leblosen Dingen und von unvernünftigen Geschöpfen Verletzungen, Gefährdungen, Störungen und Hemmungen ausgehen können,

b) daß auch sonst der Ausbildung und Benutzung der menschlichen Kräfte im Verkehre mit Andern vielfache Erschwerungen und Hemmnisse sich entgegenstellen können, deren Beseitigung gewisse Einrichtungen und Anstalten als nothwendig erscheinen läßt, und daß selbst Beschränkungen des Verkehres zur bessern Benutzung der menschlichen Kräfte als räthlich sich darstellen können.

c) Daß Vieles sich thun läßt, den Verkehr und den Wohlstand zu fördern.

Endlich ist

3) zu berücksichtigen, daß es im Staate, außer den einzelnen Staatsbürgern, auch andere Rechtssubjecte giebt, welche gleichen Schutz in Anspruch zu nehmen haben, insofern nicht die eigenthümliche Natur des Verhältnisses eine Modification erheischt. Insbesondre gilt dies vom Staate selbst und von der Staatsgewalt und deren Organen, ohne welche der Staatszweck nicht zu erreichen sein würde; ferner von allen

---

3) Vergl. Thibaut's Versuche über einzelne Theile des Rechts (2. Ausg. Jena 1817) Bd. 2, Abth. 2 und Unterholzner's jurist. Abhandl. (München 1810) Abh. 3.

den Instituten, welchen das Recht, als Person zu handeln, eingeräumt ist; endlich auch von den sittlichen Institutionen, welche das Wesen der Objectivität an sich tragen, wie die Ehe, und die Religion in Form der Kirche, wenn auch der Sittlichkeit an sich weder subjective noch objective Eigenschaft beigelegt werden kann.

Fragt man nun, wie sich die Staatsgewalt zu jenen Ansprüchen verhalte, so kommt folgendes in Betracht:

1) Es liegt in der Sache, daß, wenn jeder die von seinen Nebenmenschen ausgehenden Verletzungen, Gefährdungen, Störungen und Belästigungen selbst zu rächen, zu beseitigen und abzuwenden suchen wollte, dies unausführbar sein würde, weil nicht nur solche nicht immer gegen bestimmte Subjecte gerichtet sind, sondern ihm auch die Macht fehlen würde, zur Erfüllung der fraglichen Verpflichtungen zu zwingen; daß ferner, wenn auch die Abwendung und Beseitigung der von der Natur, den leblosen Dingen und den unvernünftigen Geschöpfen ausgehenden Gefährdungen und Hemmungen an sich nicht nothwendig eine Gehorsam erzwingende Gewalt erheischen, vielmehr auch mehr oder weniger durch vereinte Kräfte erzielt werden könnten, dies doch dem Einzelnen in der Regel unmöglich sein würde, und auf freie Vereinigungen zu diesem Zwecke um so weniger zu rechnen ist, als solche Gefährdungen und Hemmungen meistens ebenfalls eine unbestimmte Menge berühren, und daß endlich noch weniger auf freie Vereinigungen zu Einführung von Einrichtungen, Anstalten und Beschränkungen der oben unter b gedachten Art und zur Förderung des Verkehres in der unter c bemerkten Weise zu zählen ist.

2) Hieraus ergiebt sich von selbst, daß dies Alles nur die Aufgabe der Staatsgewalt sein kann. Ihr liegt daher ob

a) in Bezug auf die aus dem Rechtsgesetz abzuleitenden Rechte im angedeuteten engern Sinne (Privatrechte):

aa) die Feststellung streitiger Rechte im Wege der Entscheidung (Civiljustizpflege), wenn deren Anerkennung verweigert wird;

bb) die Untersuchung und Bestrafung der absichtlichen und beziehentlich culposen, mehr oder minder gewaltsamen, Angriffe auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte und Eingriffe in Rechte, welche man als Verbrechen zu bezeichnen pflegt (Criminaljustiz);

cc) die Verhütung und Abwendung künftiger Rechtsverletzungen;

b) Die Verhütung und Abwendung der sonst dem Leben, der Gesundheit, der Existenz, dem Eigenthume, dem Wohlstande drohenden Gefährdungen, wohin z. B. gehören: Maßregeln gegen Afterärzte, Aufsicht auf Gifte, Vorkehrungen gegen ansteckende Krankheiten, Maßregeln gegen leicht gefährliche Handlungen und Unterlassungen, z. B. das zu schnelle Fahren, das Halten beißiger Hunde; Maßregeln zu Abwendung von Mangel an Lebensmitteln überhaupt und im Falle der Unfähigkeit zur Selbsterhaltung; Maßregeln zu Abwendung von

Nothstand in Folge gefährlicher Unternehmungen, z. B. des Auswanderns; Maßregeln zu Abwendung von Verlusten am Vermögen, z. B. durch Naturereignisse, durch übertriebenen Aufwand, durch Wucher, durch Uebertheuerung, durch hohes Spiel.

c) Die Nichtduldung dessen, was eine Nichtachtung der Staatsgewalt und ihrer Organe ist, ohne den Character eines criminellen Vergehens anzunehmen; was ehrfurchtswidrig gegen die Religion und verletzend für das sittlich-religiöse Gefühl ist, wohin das Fluchen und Schwören gehört; was gefährdend für die Sittlichkeit, verletzend für das sittliche Gefühl oder belästigend für Andere ist, z. B. die Ausstellung unsittlicher Bilder, die Trunksucht, die Bettelei, die Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung; was aus gleichem Grunde als ein ordnungswidriges Verhalten in einzelnen besondere Verpflichtungen auferlegenden Verhältnissen sich darstellt, z. B. zwischen Eheleuten, Dienstherrschaften und Gesinde, Meistern und Lehrlingen; was zu Täuschungen Anderer führt, z. B. die Veränderung des Namens, Verbreitung falscher Gerüchte; was verletzend und belästigend für die Sinne ist, z. B. übeln Geruch verbreitende Verrichtungen, störendes Geräusch, das Auge verletzende Verunreinigungen und Bauten;

d) die Beseitigung der dem Verkehre entgegentretenden Hemmnisse und die Regulirung des Verkehres zu Abwendung der aus der unbedingten Gewerbefreiheit erwachsenden Nachtheile, z. B. durch Anlegung von Straßen, Regelung des Geld-, Maß- und Gewichtswesens, Abgrenzung einzelner Arbeitsgebiete, Beschränkung des Gewerbewesens auf dem Lande, Feststellung des Verhältnisses der Lehrlinge und Gesellen zu ihren Meistern, und der Fabrikarbeiter zu ihren Fabrikherren, Regulirung der Benutzung dessen, was sich als Gemeingut darstellt, insbesondre des fließenden Wassers;[4])

e) die Sorge für die zu Erreichung der vorgedachten Zwecke als nothwendig vorauszusetzende Ausbildung der Staatsbürger;

f) die Förderung der höheren Ausbildung für Wissenschaft, Kunst und Gewerbe; des Wohlstandes, insbesondre durch Maßnahmen zu Hebung der Bodencultur und Gewerbe, z. B. durch Herbeischaffung von Modellen zu Maschinen; des Wohlbefindens und der Annehmlichkeit, z. B. durch Anlegung von Spaziergängen.

3) Diesen Ansprüchen genügt die Staatsgewalt dadurch, daß sie vorbereitende Anstalten trifft, um theils im allgemeinen von den obwaltenden Verhältnissen sich zu unterrichten, theils in einzelnen Beziehungen; Normen und Vorschriften ertheilt und Einrichtungen trifft; für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten und Bestrafung der Ver-

4) Wegen der in Bezug auf das fließende Wasser als Gemeingut zu befolgenden Grundsätze vergl. meine Schrift: Die Lehre von den Pertinenzen (neue Ausgabe, Chemnitz 1851) S. 28 ff. und meine Abhandlungen über das Wasserrecht im Archiv für die civil. Praxis B. 12. S. 274 und 432 ff.

brechen sorgt, die sonst gegebenen Vorschriften vollzieht, die Staatsbürger anhält, zu Beseitigung und Abwendung von Rechtsverletzungen, Gefahren und Uebelständen der gedachten Art das Erforderliche zu leisten; Zuwiderhandlungen gegen die aus dem Verhältniß der Coexistenz abzuleitenden Verpflichtungen nicht duldet und beziehentlich bestraft; selbstthätig eingreift durch allgemeine Maßregeln wie durch Vorkehrungen im einzelnen Falle, insbesondre um Verbrechen zu verhüten, gegen das zu schützen, was sonst belästigend, gefährdend oder verletzend ist oder werden könnte, Hemmnisse des Verkehres zu beseitigen, fördernd auf Wissenschaft, Kunst und Gewerbthätigkeit einzuwirken; beaufsichtigt, was zu Verbrechen, Verletzungen, Unglücksfällen, Verlusten führen könnte.

III. Fragt man nun hierauf, welche Thätigkeit der Staatsgewalt als dem Gebiete der Polizei angehörig zu betrachten sei, wie sich dieses dem der Justiz gegenüber abgrenze, und welche Grenzlinie zwischen der Polizei und der Regierungsgewalt im engern Sinne zu ziehen sei, so herrscht noch immer eine große Verschiedenheit der Ansichten, indem bald dem Begriffe von Rechtsverletzungen eine weitere Ausdehnung gegeben, bald die auf die Verhütung von Rechtsverletzungen gerichtete Staatsthätigkeit als Rechtspolizei oder Präventivjustiz der Justiz zugewiesen und dadurch das Bereich der Polizei beengt wird, bald in Folge eines zu weit gefaßten Begriffes der Polizeivergehen kleinere Rechtsverletzungen der Polizei zugetheilt werden, bald endlich auch Alles das, was auf Förderung der Wohlfahrt abzweckt, in's Bereich der Polizei gezogen, und zwischen dieser und der Regierungsgewalt im engern Sinne nicht unterschieden wird. Diese Verwirrung der Begriffe ist eine Folge davon, daß man nicht gehörig in's Auge gefaßt hat, wie wesentlich verschieden die Thätigkeit der Staatsgewalt sich gestaltet, je nach dem es sich handelt,

1) um die Entscheidung über erfolgte Rechtsverletzungen und Rechtsstörungen im Bereiche des Privatrechtes und um Bestrafung begangener Verbrechen;

2) um Maßregeln zur Verhütung und Abwendung künftiger Verbrechen, und um die Beseitigung und Abwendung dessen, was sonst, entweder von selbst oder in Folge der von der Regierung getroffenen Einrichtungen, als einen Uebelstand sich darstellt, indem es in einer der vorstehend unter 2 b bis e gedachten Beziehungen verletzend, gefährdend oder belästigend ist, oder dem Verkehre oder der nöthigen Ausbildung hemmend entgegen tritt;

3) um die Förderung dessen, was zur höheren Ausbildung und Vermehrung des Wohlstandes und der Annehmlichkeit dient.

Im ersten Falle nämlich bildet das Object stets ein individuelles Recht, ein Recht im eigentlichen engern Sinne; gegenüber steht stets eine, von einem bestimmten Rechtssubjecte wirklich oder vermeintlich ausgegangene oder zu vertretende Verletzung oder

Störung eines solchen Rechtes; der Zweck geht immer dahin, das verletzte oder gestörte Recht herzustellen oder die zur Sicherstellung des diesfallsigen Rechtsgebietes angedrohte Strafe zur Geltung zu bringen[5]); beides erfolgt stets nur nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit und das Allgemeine wird nur insofern berührt, als die Herstellung des gestörten Rechtes und die Vollstreckung der Strafe zugleich die Sicherung des allgemeinen Rechtszustandes bezwecken, und einzelne Rechtsverhältnisse, wie z. B. die Ehe, zugleich einen öffentlichen Character an sich tragen.

Im zweiten Falle ist, insoweit es sich

a) um Verhütung künftiger Rechtsverletzungen handelt, die zu diesem Zwecke zu entwickelnde Thätigkeit nicht gegen die Widerrechtlichkeit als solche und unmittelbar gerichtet, sondern gegen das, was einen Uebelstand bildet, weil es die Ursache einer Rechtsverletzung werden kann, und es ist weder ein verletztes noch ein verletzt habendes Subject, noch eine nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit zu beurtheilende rechtswidrige Handlung in Frage, wenn auch vielleicht eine solche die Nothwendigkeit, zugleich vorbeugend einzuschreiten, veranlaßt hat, sondern es handelt sich nur darum, daß die Staatsgewalt ihrer Verpflichtung als Beschützerin des allgemeinen Rechtszustandes auch diesfallsige Gefährdungen abzuwenden, und zu diesem Zwecke, soweit dies nothwendig ist, zweckmäßige Maßregeln anzuwenden, gehörig nachkommt, was mit der Rechtspflege nichts gemein hat. Zwar kann es im einzelnen Falle auch darauf ankommen, der Ausführung eines bestimmten Verbrechens vorbeugend entgegen zu treten; allein auch solchenfalls handelt es sich nur um die Verfolgung dieses Zweckes. Insoweit es ferner

b) darauf ankommt, den Gefährdungen, Verletzungen, Belästigungen, Täuschungen, Unziemlichkeiten, Hemmnissen der gedachten Art entgegen zu treten, ist das Verhältniß ein völlig analoges. Denn es hat sich die Staatsgewalt nicht minder für verpflichtet zu erachten, diese Uebelstände, soweit nöthig durch Zwangsmaßregeln zu beseitigen; auch hier sind theils Handlungen oder Unterlassungen in Frage, welche an sich gegen kein bestimmtes Individuum gerichtet sind, theils Ereignisse und Verhältnisse, welche nicht nur kein bestimmtes Individuum berühren, sondern auch von keinem Rechtssubjecte ausgehen, und daher die Staatsgewalt verpflichten, als Vertreterin der betheiligten unbestimmten Menge einzuschreiten, und wenn auch solche Gefährdungen, Verletzungen, Hemmungen im einzelnen Falle zunächst nur gewisse Individuen berühren, z. B. wenn einzelne Personen angebettelt werden, so ändert sich doch hierdurch der allgemeine Character der fraglichen Handlungen oder Unterlassungen nicht, in-

5) Vom eigenthümlichen Verhältniß der gemeingefährlichen Handlungen wird weiter unten die Rede sein.

sofern sie nur nicht in Rechtsverletzungen übergegangen sind; auch hier haben endlich der Staatsgewalt nur Grundsätze der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit zur Richtschnur zu dienen. Dasselbe gilt aber

c) auch von den Handlungen und Unterlassungen, welche zwar mehr den Character gegen bestimmte Personen oder Verhältnisse gerichteter Unziemlichkeiten an sich tragen, dennoch aber nicht als Rechtsverletzungen betrachtet werden können, z. B. Excesse gegen die Religion oder gegen obrigkeitliche Organe, wie sich später noch klarer herausstellen wird.

Im dritten Falle handelt es sich in der Hauptsache und an sich nicht um Zwangsverfügungen zu Beseitigungen von Uebelständen, sondern um die Förderung der Wohlfahrt in Fällen, wo an sich ein Anspruch auf das Einschreiten der Staatsgewalt nicht gemacht werden kann, vielmehr diese, lediglich durch Gründe der Zweckmäßigkeit geleitet, eine höhere Aufgabe sich stellt, als die der Beseitigung von Uebelständen der gedachten Art. Während ihre Thätigkeit in diesem Falle mehr einen negativen Character annimmt, stellt sich dieser in Fällen der ersteren Art mehr als ein positiver dar. Auch läßt sich nicht einwenden, daß die Staatsgewalt, auch wo es sich um eine die Wohlfahrt fördernde Thätigkeit handle, immer zugleich die Beseitigung eines Uebelstandes im Auge haben werde, und daß auch wo letzteres der nächste Zweck sei, zugleich die Wohlfahrt gefördert werde. Denn der endliche Zweck der gesammten Thätigkeit der Staatsgewalt ist auf die allgemeine Wohlfahrt gerichtet, wogegen jene Unterscheidung auf der Verschiedenheit des nächsten Zweckes der Thätigkeit der Staatsgewalt und auf der Verschiedenheit des dieser im einzelnen Falle unterliegenden Grundes beruhet. Eben so wenig darf man sich dadurch irren lassen, daß, je mehr die Staatsgewalt auch kleine Uebelstände zu beseitigen trachtet, um so mehr die Grenze verrückt wird, welche sich die Staatsgewalt für diese ihre Thätigkeit steckt. Denn dieser Umstand ist auf den unterliegenden Grundsatz ohne Einfluß, und man darf sich dadurch, daß an sich verschiedenartige Rücksichten im einzelnen Falle mehr oder weniger ineinanderfließen können, nicht abhalten lassen, diese bei Feststellung des Grundsatzes im Auge zu behalten, da die Thätigkeit der Staatsgewalt, je nach dem diese oder jene Rücksicht für sie maßgebend ist, auf einem wesentlich verschiedenen Grunde beruhet, und diese Verschiedenheit bei Beurtheilung der Frage, ob an sich schon Zwangsmaßregeln zulässig sind, von entscheidender Wichtigkeit ist, sowie deren Festhaltung allein geeignet ist, eine wissenschaftliche Grundlage für die verschiedenen Functionen der Staatsgewalt zu gewinnen.

Kommt man nach diesen Betrachtungen auf die Frage, welches Gebiet der Polizei gebühre, zurück, so hat man — da die erste der aufgestellten drei Kategorien unbestritten das Bereich der Justiz bildet,

und auch darüber im allgemeinen kein Zweifel herrscht, daß die Polizei es mit der Beseitigung der Uebelstände zu thun habe, auf welche die zweite jener Kategorien sich bezieht, wenn man dabei auch nicht von den angedeuteten Gesichtspunkten auszugehen pflegt — nur zu untersuchen, ob auch der Schutz gegen künftige Rechtsverletzungen und die Entscheidung von Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, welche sich innerhalb des Bereiches jener zweiten Kategorie bilden, sowie die Bestrafung von Vergehen, welche auf dieses sich beziehen, der Justiz zuzutheilen sei, und ob und in welcher Weise — der Regierungsgewalt im engern Sinne gegenüber — zu unterscheiden sei zwischen dem, was zu Beseitigung von Uebelständen und was zur Förderung der Wohlfahrt geschieht, da diese Fragen es sind, auf welchen die über den Begriff Polizei herrschende Verschiedenheit und Unsicherheit der Ansicht beruhet. Die Lösung dieser Fragen ergiebt sich aber von selbst, wenn man davon ausgeht, daß, was dem Principe nach verschieden ist, getrennt gehalten werden muß, sobald es darauf ankommt, nach wissenschaftlichen Grundsätzen zu sichten, und wenn man nun in Betracht zieht, daß die Wirksamkeit der Staatsgewalt eine dem innern Wesen nach durchaus verschiedene ist, je nach dem sie sich auf die eine oder die andere jener drei Kategorien von Objecten bezieht, indem diese Objecte einen verschiedenartigen Character haben, und bei jeder dieser Kategorien der Bestimmungsgrund, auf welchem die bezügliche Thätigkeit der Staatsgewalt beruhet, die Grundsätze, von welchen sie auszugehen, der Zweck, den sie zu verfolgen, und die Mittel, welche sie anzuwenden hat, wesentlich verschieden sind.

Denn hiernach läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, daß der Schutz gegen künftige Rechtsverletzungen nicht von der Justiz, sondern von der Polizei auszugehen habe, daß dagegen der Theil der Wirksamkeit der Staatsgewalt, welche die Förderung der Wohlfahrt im obigen Sinne bezweckt, nicht der Polizei, sondern der Regierungsgewalt im engern Sinne zuzuweisen sei. Es ergiebt sich dies aus dem, was hierüber vorstehend bemerklich gemacht worden ist, von selbst. Auch pflegt in der That Niemand daran zu denken, das, was zu diesem Zwecke von der Staatsgewalt geschieht, ihrer polizeilichen Thätigkeit zuzuschreiben.

Aber auch daran läßt sich mit Grund nicht zweifeln, daß die Beurtheilung der innerhalb des Bereiches jener zweiten Kategorie sich bildenden rechtlichen Verhältnisse, und die Entscheidung diesfallsiger Differenzen, sowie die Bestrafung der dahin gehörigen Vergehen der Polizei zukomme, wenn man folgendes beachtet.

1) Der Character jener rechtlichen Verhältnisse ist ein durchaus eigenthümlicher, von dem der Privatrechte wesentlich verschiedener. Die im Bereiche der Polizei und beziehentlich in dem der Regierungsgewalt in jenem engern Sinne vorkommenden Rechte oder

Befugnisse[6]) gestalten sich nämlich — abgesehen von den auf besondern Rechtstiteln beruhenden, welche die Eigenschaft von Privatrechten haben — theils a) als gewissen Personen oder Realitäten von der Staats- oder obrigkeitlichen Gewalt oder von politischen Instituten — Gemeinden, Innungen — besonders ertheilte oder gewissen Realitäten gesetzlich zustehende Rechte, z. B. die auf Concessionen beruhenden Gewerbsbefugnisse, das Bürgerrecht, das Meisterrecht, das städtische Braurecht; theils b) als im Gesetz oder in der Verfassung dergestalt begründete Rechte, daß sie unter gewissen Voraussetzungen und beziehentlich vorkommenden Falles ohne weiteres ausgeübt werden können, z. B. das Recht auf dem Lande ein Gewerbe zu treiben, ohne daß es hierzu besonderer Concession bedarf, das Verbietungsrecht der Zunftgenossen; theils c) als Rechte, welche einer Verpflichtung gegen Jedermann gegenüber stehen, z. B. das Recht zu verlangen, daß Niemand etwas unternehme, was gefährdend, verletzend oder belästigend ist; theils d) als Rechte, welche aus einer solchen Verpflichtung abzuleiten sind, aber in Folge besonderer Bestimmung dieser dergestalt gegenüberstehen, daß deren Erfüllung von gewissen Verpflichteten gefordert werden kann, z. B. das Recht als Verarmter versorgt zu werden; theils endlich e) als ein im Gesetz oder in der Verfassung begründeter Anspruch auf Ertheilung oder Anerkennung gewisser Rechte, z. B. das Recht auf Anerkennung der Heimathsangehörigkeit, auf Ertheilung des Bürger- und Meisterrechts. Von keinem dieser Rechte läßt sich daher behaupten, daß es den Character eines in die ausschließende individuelle Rechtssphäre eines Einzelnen übergegangenen Privatrechtes habe. Denn tragen auch die ertheilten Rechte der unter a gedachten Art, den Character der Subjectivität und selbst den der Individualität an sich, und sind sie auch in gewissen Fällen sogar veräußerlich, selbst wenn sie nicht mit Realitäten verbunden sind, z. B. Gewerbspatente; so hat doch nicht nur die erfolgte Ertheilung eines solchen Rechtes lediglich in den zu Ausführung der im öffentlichen Interesse getroffenen Einrichtungen dergestalt ihren Grund, daß dasselbe nur als ein Ausfluß der zu diesem Zwecke gegebenen Normen anzusehen ist, dessen Vollziehung in vielen Fällen überdies selbst gefordert werden kann, sondern es begründet auch ein solcher Act in der Regel nur eine rein persönliche Berechtigung, und tritt eine reale Eigenschaft hinzu, so hat sie ihren Grund in einem gleichen Acte und kann daher um so weniger geeignet sein, das Wesen des Rechtes in seiner Beziehung zur Staatsgewalt zu verändern, als jene Eigenschaft an sich nur als eine zufällige sich darstellt. Ueberdies steht selbst im Falle der Realität und Veräußerlichkeit eines solchen Rechtes dem Inhaber insofern nur eine

---

6) Man pflegt auch sie als Rechte zu bezeichnen, weil es keinen besondern Ausdruck für sie giebt, obwohl dies zu Vermeidung von Mißverständnissen zu wünschen wäre.

beschränkte Verfügung über dasselbe zu, als es nicht willkürlich auf ein anderes Grundstück übertragen werden darf und durch Nichtgebrauch erlischt. Was aber von den ertheilten Rechten gilt, das muß um so mehr von denen gelten, welche, wie die unter b erwähnten, in einem Verwaltungsgesetze ihren Grund haben, indem somit bei diesen lediglich die Anwendung des letztern in Frage ist, und dieses überdies abgeändert werden kann, oder welche, ohne individuelle Beziehung, nur als Ausfluß einer allgemeinen Verpflichtung oder als ein Anspruch auf Erfüllung einer auf allgemeinen Rücksichten beruhenden gesetzlichen Verbindlichkeit sich darstellen, wie die unter c bis e gedachten. Denn sind auch die unter b berührten Rechte zum Theil von der Art, daß sie selbst gegen bestimmte Individuen geltend gemacht werden können, wie die Zunftverbietungsrechte; so handelt es sich doch dabei, der Sache nach, um die Aufrechthaltung einer aus allgemeinen Rücksichten getroffenen Einrichtung, welche auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, und kann daher solchen Rechten eine privatrechtliche Natur schon deshalb nicht beigelegt werden, abgesehen noch davon, daß deren Geltendmachung einzelnen Individuen nicht nachgelassen zu sein pflegt. Die übrigen unter die Kategorie b fallenden Rechte tragen mehr den Character der gesetzlich begründeten Freiheit, etwas zu unternehmen, an sich, als den eines Rechtes. Die Rechte unter c stehen einer Verpflichtung gegenüber, auf deren Erfüllung überhaupt kein bestimmtes Individuum einen Anspruch hat, weil die fraglichen Verletzungen rc. an sich gegen ein solches nicht gerichtet sind, und deren Geltendmachung eben daher der betreffenden Behörde, als Vertreterin der unbestimmten Verletzten, zu überlassen ist. Bei den Rechten unter d handelt es sich um eine Verpflichtung, deren Erfüllung erst durch besondere Normen gewissen Individuen (Gemeinden) auferlegt worden ist, und zu welcher sich die Betheiligten gewissermaßen als Objecte verhalten, indem es sich im Falle des Zweifels nur fragt, wem die Verpflichtung obliege. Die Ansprüche unter e sind auf die Gewährung eines Rechtes gerichtet, daher auch hierbei nur die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung in Frage ist. Allenthalben handelt es sich daher nur um die gesetzmäßige Anwendung im allgemeinen Interesse gegebener Normen, oder um die Durchführung der im gleichen Interesse getroffenen Einrichtungen, oder um die Geltendmachung eines polizeilichen Grundsatzes. Hieraus folgt aber von selbst, daß auch nur der Polizeigewalt die Entscheidung der in der einen oder der andern Beziehung eintretenden Differenzen zustehen könne, da auch hierbei stets nur die Geltendmachung des von ihr zu vertretenden Princips und der von ihr auf dessen Grund getroffenen Bestimmungen und Einrichtungen in Frage ist, und sie hierzu nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, sowie nur sie die einschlagenden Normen, im Sinne der denselben unterliegenden Tendenz, auszulegen vermag. Ueberdies bilden bei Beurtheilung solcher Differenzen häufig

bestehende Bestimmungen und allgemeine Grundsätze gleichzeitig die Entscheidungsnorm, und schlagen eben so oft zugleich technische Fragen ein, daher eine Theilung der Competenz um so weniger als angemessen erachtet werden kann.

2) Eben so wenig läßt sich aber der Polizei das Recht, Strafen anzudrohen und zu vollstrecken, mit Grund absprechen. Denn der Staatsgewalt muß nothwendig das Recht zustehen, die zu Verwirklichung des Staatszweckes erforderlichen Mittel anzuwenden, und was von der Staatsgewalt überhaupt gilt, muß auch von der Polizeigewalt, als einem Zweige derselben, gelten, wenn man dieser ein besonderes Gebiet überweiset, und zwar für den ganzen Umfang dieses Gebietes, da es keinen haltbaren Grund giebt, ihr das Recht, die erforderlichen Mittel anzuwenden, in der einen oder der andern Hinsicht zu entziehen. Die Strafe ist aber der Polizei ein unentbehrliches Mittel, da ihre Wirksamkeit die Anwendung von Zwangsmaßregeln bedingt, und in vielen Fällen nur die Strafe als ein entsprechendes Zwangsmittel sich darbietet, sei es nun, daß sie an sich statthafte Handlungen, z. B. das Hausiren mit Waaren, bei Strafe verbietet, oder bestimmte Handlungen zu Erreichung polizeilicher Zwecke bei Strafe gebietet, z. B. das Kehren der Gasse, den Gebrauch bestimmter Maße; sei es, daß sie Handlungen oder Unterlassungen mit Strafe bedrohet, welche zwar einen gefährdenden, verletzenden oder belästigenden Character an sich tragen, aber nicht so unbedingt, daß sie ohne weiteres für strafbar erachtet werden könnten, z. B. den Verkehr zwischen Orten, wo ansteckende Krankheiten herrschen und solchen, wo dies nicht der Fall, das Klatschen mit Schlittenpeitschen; sei es, daß sie Handlungen oder Unterlassungen mit Strafen belegt, welche an sich schon nach allgemeinen Grundsätzen als strafbar anzusehen sind, ohne als strafbare Rechtsverletzungen dem Gebiete der Criminaljustiz anheimzufallen. Denn tragen auch nur die Strafen der ersten beiden Kategorien den Character reiner Zwangsmittel an sich, dergestalt, daß deren Maß lediglich nach der Wichtigkeit des zu erreichenden Zweckes und nach dem Verhältniß, in welchem die fragliche Handlung zu diesem steht, zu bemessen ist, und demnach deren Zuerkennung nothwendig eine vorhergegangene Androhung voraussetzt, so hat man doch keinen Grund, die dritte Kategorie von Strafen von jener allgemeinen Regel auszunehmen, da auch die nach dem Principe der Gerechtigkeit und Wiedervergeltung zu bemessenden Strafen zu den Zwangsmitteln zu rechnen sind, und, wie sich weiter unten zeigen wird, im Gebiete der Polizei auch sonst Vieles nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit zu beurtheilen ist. Es beruhet somit die von der Polizei auszuübende Strafgewalt auf demselben Grunde, auf welchen deren Competenz sich überhaupt stützt, und es steht ihr diese an sich innerhalb ihres Gebietes uneingeschränkt zu, wenn man es auch aus politischen Gründen für angemessen achten kann, die Grenzlinie, wie sie die Wissen=

schaft feststellt, für die Praxis zu modificiren und z. B. die Bestrafung geringer Rechtsverletzungen, welche mit Polizeivergehen concurriren, der Polizei zu überweisen. 7)

IV. Aus den vorstehenden Betrachtungen ergiebt sich von selbst, daß wir unter Polizei den Inbegriff der auf Abwendung und Beseitigung der Uebelstände, welche die zweite der aufgestellten Kategorien bilden, und auf die Durchführung der zu diesem Zwecke ertheilten Normen und getroffenen Einrichtungen gerichteten Thätigkeit der Staatsgewalt verstehen, und daß wir ihr auch das Recht, die in ihrem Bereiche vorkommenden Differenzen nach rechtlichen Grundsätzen zu entscheiden und Strafen anzudrohen und zu vollstrecken, zugestehen. Auf die abweichenden Ansichten Anderer näher einzugehen, ist hier nicht der Ort, und dies um so weniger, je weniger geschehen ist, für die Wirksamkeit der Polizei in den angedeuteten Beziehungen eine rechtliche Grundlage zu gewinnen. 8) Wohl aber bedarf es noch einiger Bemerkungen, um

---

7) Das Recht der Polizei, Strafen anzudrohen und zu vollstrecken wird zwar bestritten, jedoch von den bewährtesten Vertretern der Wissenschaft anerkannt. Vergl. Rob. v. Mohl's Polizeiwissenschaft. (2. Aufl. Tübingen 1844) B. 1, S. 41. Stahl's Philosophie des Rechts (Heidelberg 1837) B. 2, Abth. 2, S. 346. Otto Kuhn's Polizeistrafrecht (Dresden und Leipzig 1843). L. R. Köstlin, neue Revision der Grundzüge des Criminalrechts (Tübingen 1845) §. 183, obwohl v. Mohl es für angemessener erachtet, die Bestrafung der Polizeivergehen, mit Ausnahme der unbedeutenden, den Justizbehörden zu überlassen.

8) Nur folgende Andeutungen über einige der neuesten Systeme mögen hier Platz greifen; sie werden genügen, darzuthun, daß durch diese Systeme für das Gebiet der Polizei und deren Thätigkeit auf diesem eine wissenschaftlich haltbare, auf bestimmte Merkmale gestützte und das ganze Gebiet umfassende Grundlage nicht gewonnen worden ist. v. Mohl geht in seiner angezogenen Polizeiwissenschaft (B. 1, S. 9 ff.) davon aus: der Rechtsstaat bezwecke, die der allseitigen Entwickelung der Kräfte der Bür[illegible] entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, und stelle dem feindlichen Einw[illegible] Menschen die Rechtspflege, Justiz, entgegen, dergestalt, daß dieser [illegible], den Störungen aus widerrechtlichem Willen, als Präventivjust[illegible]mmen, während die Polizei helfend einzuschreiten habe, wo die Ent[illegible]rch die Uebermacht äußerer Umstände gehindert werde. D[illegible]nkenden Begriffsbestimmung ungeachtet, fordert derselbe später von der Präventivjustiz das Verbot, Feldtauben zu halten, Vieh ohne Aufsicht auszutreiben, Maßregeln gegen Verletzungen durch Verträge, die Sorge für die richtige Vornahme schwieriger Rechtsgeschäfte, obschon hierbei widerrechtlicher Wille nicht im Spiele ist; von der Polizei zugleich die Förderung der höheren Ausbildung des Verstandes und Geschmackes, die Förderung der Sittlichkeit, der Vermögensverhältnisse, des Wohlstandes und der Gewerbe. Schon hieraus ergiebt sich, wie wenig begründet dieses System ist. Denn nicht nur, daß einerseits Thätigkeiten, welche dem Grunde, Wesen und Zwecke nach verschieden sind, verbunden werden, andererseits der aufgestellte Hauptgrundsatz nicht consequent durchgeführt, sondern auch dieser in solcher Weise aufgestellt ist, daß derselbe ein irgend genügendes Anhalten für die Beurtheilung des Grundes, auf welchem die Thätigkeit der Polizei in den angedeuteten verschiedenartigen Beziehungen beruhet, und der Frage, wozu sie berechtigt und verpflichtet ist, nicht gewährt. Behr geht in seiner angezogenen Schrift (B. 1, S. 22 ff.) davon aus, daß als Zweck des Staates die Realisirung der

das Gebiet der Polizei sowohl dem der Justiz als dem der Regierungsgewalt im engern Sinne gegenüber, näher festzustellen.

1) Verhältniß der Polizei zur Civiljustiz. Im allgemeinen ist dieses Verhältniß nicht sehr zweifelhaft; es werden daher folgende Bemerkungen genügen, die in einzelnen Beziehungen dennoch hervortretenden Collisionsfälle anzudeuten.

a) Kommen im Bereiche der Polizei Privatrechtstitel vor; so steht hierüber an sich und insoweit nicht aus Gründen der Zweckmäßigkeit etwas Anderes bestimmt ist, den Justizbehörden die Entscheidung zu. Es läßt sich aber mit Grund bezweifeln, ob auch Privilegien, welche auf polizeilichen Rücksichten beruhen und von Verwaltungsbehörden ertheilt worden sind, als Privatrechtstitel anzusehen seien. Auch muß der Polizei vorbehalten bleiben, im öffentlichen Interesse provisorische Anordnungen zu treffen, und für zweckmäßig wenigstens muß es erachtet werden, wenn ihr nachgelassen bleibt, hierbei die einschlagenden Rechtstitel zu berücksichtigen, da sie außerdem indirect zu Betretung des Rechtsweges zwingen würde.

b) Bilden Verträge die Grundlage eines Verhältnisses, das zugleich eine polizeiliche Seite hat, wie z. B. die Ehe, das Dienstverhältniß,

---

Rechtsidee zu gelten habe, daß die Sicherheit des Rechtes auch die Sorge für Sicherung für Rechtssubjecte und Objecte gegen Naturübel und die Uebermacht äußerer Umstände in sich fasse, und daß das Mitwirken Aller nöthigen Falles erzwungen werden dürfe, und nimmt an, es sei die Aufgabe der Civiljustiz, die im Wechselverhältniß etwa eingetretene Collision des Rechtes auszugleichen, die der Strafjustiz, jeder möglichen Verletzung des Rechtes durch Androhung sinnlicher Uebel und deren Realisirung zu begegnen, die der Polizei, Störungen und Verletzungen des Rechtes der Staatsbürger unter sich und übermächtigen Beschädigungen der Rechtssubjecte und Objecte vorzubeugen und sie zu verhüten. Zu diesem Zwecke habe dieselbe a) zu Sicherung des Rechtes gegen Störungen und Verletzungen von Seiten der Menschen, die vorzüglichsten Urquellen derselben durch Entfernung des Mangels an Bildung und an den Bedingungen der physischen Subsistenz zu verstopfen, die näher tretenden Gefahren durch Aufsicht, Thätigkeit und beschränkende Verbote und Gebote zu beseitigen, die hereinbrechenden Verletzungen zu hemmen; b) zu Sicherung der Rechtssubjecte und Objecte gegen übermächtige Beschädigungen von Seiten der willenlosen Natur die diesfallsigen Quellen abzugraben, die hereinbrechenden Beschädigungen zu hemmen. Die Folge davon, daß er die gesammte Thätigkeit der Polizei auf die Realisirung der Rechtsidee zurückzuführen strebt, ist gewesen, daß er ihr zur Pflicht macht, die möglichen Urquellen zu verstopfen, und daher z. B. dem Trunke entgegen zu treten, weil er die Veranlassung zu Rechtsverletzungen werden könne, zu Herstellung der Straßen anzuhalten, weil dadurch der Verkehr erleichtert werde, dessen Erschwerung eine Quelle der Verarmung sei, die zu Verbrechen anreize; daß er die von der willenlosen Natur ausgehenden Beschädigungen und Handlungen, welche eine Minderung des Vermögens oder Vermehrung der Ausgabe zur Folge haben, z. B. die Erhebung übermäßiger Grundlasten, Gefährdungen durch an sich erlaubte Handlungen, z. B. durch Ueberfüllung von Räumen, unter den Gesichtspunkt der Rechtsverletzungen bringt! Zimmermann versteht in seiner angezogenen Schrift unter Polizei Behörden, die für Erhaltung der öffentlichen und bürgerlichen Ordnung

das Verhältniß zwischen Meistern und Lehrlingen, so können insofern Collisionen eintreten, als, während die Polizei Grund hat, von ihrem Standpunkte aus zu Aufrechthaltung der Ordnung einzuschreiten, um zu verhindern, daß Eheleute nicht getrennt leben, Dienstboten und Lehrlinge nicht willkürlich aus dem Dienste und aus der Lehre entlaufen, zugleich in Frage ist, ob der bestehende Vertrag aufzulösen oder für aufgelöst zu achten sei. Dasselbe kann der Fall sein, wenn Justiz- und Polizeifragen bei obwaltenden Differenzen zusammentreffen, z. B. dafern bei Neubauten baupolizeiliche Rücksichten neben Servitutenverhältnissen in Frage kommen, oder wenn zu Gunsten eines Privatrechtsverhältnisses die Modification einer polizeilichen Einrichtung z. B. die Inhibition einer Legitimation beantragt wird, oder wenn es sich fragt, ob die Vernachlässigung einer polizeilichen Vorschrift, z. B. die versäumte Ausweisung eines ausländischen Handwerksgesellen, einen Schädenanspruch begründe, oder wenn der Ertheilung einer Concession, z. B. zu Anlegung einer Fabrik auf Grund eines Privatrechtes widersprochen wird. Im allgemeinen ist in Fällen dieser Art die Regel festzuhalten, daß eine solche Collision auf das Competenzverhältniß ohne Einfluß sei. Daher kommt es der Justizbehörde zu, darüber zu entscheiden, ob der Anspruch auf Inhibition einer

---

mit den Thätigkeiten der Beobachtung, Vorbeugung, Einhaltung und Entdeckung wirken und diejenige Form besitzen, wie sie in Frankreich erfunden, ausgebildet und über andere Länder verbreitet worden, und erläutert diese eigenthümliche Begriffsbestimmung dahin: daß die Polizei nicht allein an dem Zwecke, die Ordnung im Staate und bürgerlichen Zusammenleben aufrecht zu erhalten, arbeite, indem die Staatsgewalt selbst durch Strafgebote wirke und die Kirche und deren Behörden, die Obrigkeiten, das Militär, hauptsächlich aber die Justiz, für die Erhaltung der Ordnung thätig seien; daß die Polizei auch nicht das ganze Feld der Ordnung umfasse, sondern nur auf dem Theile arbeite, auf welchen jene eigenthümlichen Thätigkeiten passend seien; daß sich nicht Alles einzeln aufzählen lasse, was von den Staaten zu ihrer Ordnung gezählt werde, im allgemeinen aber dahin zu rechnen sei: die Ordnung des Staates als Ganzes, mit allen Verhältnissen und Einrichtungen, welche die Einwohnermasse zu einer einheitlichen Gesellschaft gestalten, alle Anstalten und Dinge, welche Existenz und Wohnen der Bürger möglich machen und ihre Bewegung erlauben, die Sicherheit der Person, der Familienverhältnisse, des Eigenthums und des Verkehres, die Befriedigung jener feinern Bedürfnisse des Lebens, welche von der gesteigerten Cultur in Bezug auf Anstand, Sittlichkeit und menschliches Gefühl erzeugt sind; daß Polizei und Justiz (Gerichte) hinsichtlich der Thätigkeit, mit welcher von ihnen für die Ordnung gearbeitet werde, unterschieden seien, indem letztere die Fälle in einem förmlichen Verfahren untersuche, und sodann entscheide, welche nach dem Begriffe der Gerechtigkeit und Cultur einer solchen Entscheidung bedürfen, was vorzunehmen sei, wenn eine öffentliche Strafe verhängt, eine Entscheidung über Rechtsverhältnisse, für die der Staat eine Klage gestatte, abgegeben werden solle. Späterhin beschäftigt sich die Schrift hauptsächlich damit, die bezeichneten Thätigkeiten der Polizei einzeln zu betrachten, und die Organisation der Behörden zu erörtern. Man sieht hieraus, daß der Verfasser gar nicht darauf ausgegangen ist, die in Frage kommenden Begriffe nach wissenschaftlichen Grundsätzen festzustellen und auch irgend Beachtenswerthes für diesen Zweck nicht beigebracht hat.

Legitimation begründet sei, ob die erfolgte Vernachlässigung einer polizeilichen Vorschrift zum Schadenersatz verpflichte, während die Polizeibehörde zu ermessen hat, ob der Inhibition stattgegeben werden könne, und die vorgesetzte Behörde darüber zu cognosciren hat, ob seiten des Polizeibeamten eine Vernachlässigung der Amtspflicht verhangen worden sei. In den übrigen Fällen wird die Polizei, ihrerseits vorzugehen, so lange sich behindert sehen, bis der auf Privatrechtsverhältnisse gestützte Widerspruch beseitigt ist, wenn dieses als entgegenstehend zu betrachten ist, und nicht allgemeine Rücksichten die Durchführung der polizeilichen Maßregel als nothwendig erscheinen lassen, welchenfalls dann nur der Schädenanspruch vorzubehalten ist.

c) Bei polizeilichen Naturalleistungen greift die Competenz der Polizei auch Platz, wenn sie nachträglich gefordert werden, oder an deren Statt der Geldwerth, oder der Ersatz des, durch die im Falle der Versäumniß durch Andere verrichteten Leistung, erwachsenen Aufwandes gefordert wird, da der Anspruch auf demselben Grunde beruhet und dieser auf das Surrogat übergeht.

2) Verhältniß der Polizei zur Criminaljustiz. Die Feststellung dieses Verhältnisses wird am häufigsten verkannt. Der Grund ist darin zu suchen, daß man das eigenthümliche Wesen der Polizei und deren Verhältniß, wie sich solches nach den obigen Erörterungen gestaltet, nicht genug beachtet, und nicht streng daran festgehalten hat, der Criminaljustiz nur die Ahndung der wirklichen Rechtsverletzungen zuzuweisen, vielmehr die Strafbarkeit der Handlungen und Unterlassungen bei Beurtheilung jenes Verhältnisses zum Anhalten genommen hat, ohne zu berücksichtigen, daß auch der Polizei das Recht, Strafen anzudrohen und zuzuerkennen, nicht abgesprochen werden kann, und daß es daher principlos ist, ihr dieses Recht nicht innerhalb des ganzen ihr an sich zuzutheilenden Gebietes zu überlassen. Nur wenn man dies thut, und den Grund, auf welchem die polizeiliche Thätigkeit beruhet, genau in's Auge faßt, wird man dahin gelangen können, scharf sich unterscheidende und auf einer sicherm Grundlage ruhende Merkmale für die Polizeivergehen, im Gegensatze der Criminalvergehen, zu gewinnen[9]), und die folgenden Bemerkungen haben den Zweck

9) Die Schriftsteller über positives Criminalrecht gehen in der Regel gar nicht darauf aus, diese Merkmale nach wissenschaftlichen Grundsätzen näher festzustellen, wenn sie auch zum Theil beide Begriffe trennen (z. B. Wächter in seinem Lehrbuch §. 62, 107 und 231, Luden in seinem Handbuche §. 24 f.) sondern betrachten auch das römische Recht und die Reichspolizeiverordnungen unbedingt als Quellen des Criminalrechtes, obschon jenes sowohl als diese nur im allgemeinen den Zweck verfolgten, gewisse Handlungen als strafbar zu bezeichnen, und unter den mit Strafe belegten Vergehen begriffen sind, welche ganz unzweifelhaft rein polizeilicher Natur sind, indem an sich nicht strafbare Handlungen mit Strafe bedrohet sind, z. B. der Wucher, die Auf- oder Vorkäuferei. Andere haben zwar den Unterschied zwischen Criminal- und Polizei-

näher darzulegen, wie hiernach die Grenzlinie zwischen der Polizeistrafgewalt und der Criminaljustiz zu ziehen ist.

a) Kommt der Justiz hinsichtlich der einzelnen Staatsbürger nur der Schutz der Rechte zu, welche als Ausfluß der Rechtssphäre des Einzelnen nur am Individuum verletzbar sind, so hat die Criminaljustiz die Verletzungen des Körpers, der Sinneswerkzeuge, des Geistes — wohin auch die verhinderte Ausbildung des Geistes zu rechnen ist — und der Ehre zu bestrafen, wogegen die Bestrafung der Verletzungen der Sinne und des Gefühles und somit insbesondre auch des Gefühles für Sittlichkeit und Religiosität der Polizei zukommt, da Verletzungen dieser Art ihrem Wesen nach nicht als gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet zu betrachten sind, und daher an sich als unziemliche Belästigungen einer unbestimmten Menge sich darstellen, deren Nichtduldung und beziehentlich Bestrafung eben deshalb der Polizei anheimfällt, zumal da denselben der Regel nach nicht die Absicht

---

vergehen nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen gesucht; allein sie pflegen dabei den Begriff Polizei nicht scharf genug und nach allen Seiten hin in's Auge zu fassen. So spricht zwar Köstlin a. a. O. S. 694 im Sinne unserer Ansicht aus, daß es nicht Sache der Justiz sein könne, gegen eine blos mögliche Rechtsstörung aufzutreten, sowie derselbe im allgemeinen ganz richtig davon ausgeht, daß das peinliche Unrecht die Verletzung des Rechtes als Rechtes sei, und daß der Begriff des Rechtes objective Existenz voraussetze (S. 21 und 32). Wenn aber derselbe (S. 675 und 691 ff.) ausspricht: es sei die Bestimmung der Polizei, das Wohl der Individuen und ihrer Gesammtheit zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben, daher sie als Vormundschaftspolizei die Individuen, soweit nöthig, erst zur Spontaneität für die Besorgung ihres eignen Wohles zu erheben, als Hilfspolizei dieselben in ihren spontanen Bestrebungen für ihr Wohl zu unterstützen und überall das Einzelwohl mit dem Gesammtwohle zu vermitteln, als Rechtspolizei das Einzel- und Gesammtwohl gegen mögliche Verletzungen, die ihm theils durch Umstände und Ereignisse, welche von der menschlichen Willkür nicht abhängen, theils aber auch und insbesondre gerade von den Handlungen der allseitig frei unter einander und durch's Ganze sich bewegenden Einzelwillen drohen, zu sichern, und somit namentlich die Aufgabe habe, — neben der Nothwendigkeit, concreten Verbrechen vorzubeugen, Vorbereitungen zu diesen zu verhindern und begangene aufzuspüren — die gefährlichen Handlungen zu verbieten und zu bestrafen; und wenn derselbe dabei annimmt, daß sich der Begriff der gefährlichen Handlung für sich eigenthümlich in der Polizeiübertretung fixire, welche zwar mit dem Verbrechen das Moment der Gesetzübertretung gemein habe, dagegen sich von demselben wesentlich dadurch unterscheide, daß ihren Gegenstand nicht das an sich Unrechte, sondern das Gefährliche bilde, so entspricht diese Begriffsentwickelung dem Wesen der Polizei, wie wir dasselbe auffassen, nicht vollkommen. Denn einerseits führt der aufgestellte Begriff zu weit, indem der Polizei eine positive Thätigkeit für das Wohl der Individuen beigelegt wird, während wir dieser Thätigkeit einen negativen Character unterlegen, indem wir sie auf die Beseitigung von Uebelständen beschränken, andrerseits ist derselbe zu eng, indem nur die gefährlichen Handlungen unter den Gesichtspunkt der Polizeiübertretungen gebracht werden, sowie früher (S. 28) als Polizeivergehen das mögliche Unrecht bezeichnet wird, welches die Polizeigewalt verbiete, weil es, ohne Unrecht zu sein, doch dessen erfahrungsmäßig reale Möglichkeit sei.

der Beleidigung eines Andern unterliegt. Kann daher auch eine solche Belästigung im einzelnen Falle bestimmte Personen berühren und selbst gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet sein, z. B. die Störung der Ruhe innerhalb einer Wohnung, so giebt dies doch keinen genügenden Grund ab, die Ahndung einer solchen Belästigung der Polizei zu entziehen, wenn sie nicht zugleich den Character der Injurie oder gewaltsamen Verletzung des Hausrechtes (Hausfriedensbruch) annimmt, oder erweisliche Schmerzen verursacht, da sie außerdem als eine Rechtsverletzung nicht betrachtet werden kann, und die individuelle Beziehung ausnahmsweise hinzutritt. Aus gleichem Grunde können die fleischlichen Vergehen — insoweit sie nicht, wie der Ehebruch, die Bigamie, die Nothzucht, die Unzucht mit unzurechnungsfähigen Personen und Kindern, oder auch wegen verschuldeter Ansteckung, als Rechtsverletzungen zu betrachten sind — und eben so die Kuppelei nur als Verletzungen der Sittlichkeit und daher auch nur als Polizeivergehen angesehen werden. Dasselbe gilt ferner vom Selbstmord, und von der Unterstützung bei demselben, sowie von den Mißhandlungen der Thiere als Vergehen gegen die Sittlichkeit als solche.

b) Analog ist das Verhältniß bei den Vergehen gegen den Staat, die Staatsgewalt und deren Organe und Institutionen — insoweit nicht das unpersönliche Verhältniß derselben insofern eine Modification erheischt, als, wenn denselben auch Achtung gebührt, diese doch nicht in gleicher Maße als ein Recht in Anspruch zu nehmen ist, wie Seiten des Menschen die Ehre, — sowie bei den Vergehen gegen die allgemeine Ordnung im Staate. Als criminelle Vergehen sind daher zu betrachten: der Angriff auf die öffentliche Gewalt, die Widersetzlichkeit gegen die Vollziehung der Gesetze und obrigkeitlichen Anordnungen, die Behinderung der Behörden in der Ausübung ihrer Functionen und der Eingriff in diese, und demnach insbesondre: die gegen Behörden gerichtete Zusammenrottung, die öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen diese, oder zu gemeinsamer Arbeitseinstellung, öffentliche Schmähungen der Behörden zum Zweck der Aufreizung gegen sie, hochverrätherische und staatsgefährliche Verbindungen, als Versuch der bezweckten Vergehen, die Verletzung öffentlicher Bekanntmachungen, Bezeichnungen und amtlicher Verschlußmittel zum Zweck einer gänzlichen oder theilweisen Vernichtung derselben. Dagegen fallen in die Kategorie der Polizeivergehen: das Bettel- und Vagabondenwesen, der falsche Nothruf und der bloße Auflauf, als belästigende Störungen der öffentlichen Ruhe und Ordnung, insofern nicht letzterer mit Gewalt gegen Personen oder Eigenthum verbunden ist, (Landfriedensbruch) oder mit Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt; die öffentliche Aufreizung zu Beschwerden, da hierin keine Widersetzlichkeit liegt; die Verbreitung falscher Nachrichten, um Unzufriedenheit der Regierung oder Obrigkeit zu erregen, und Schmähungen gegen die Staatsverfassung und die zu Erhaltung der

Staatsordnung bestehenden Institute der Ehe und des Eigenthums, da sie an sich nur den Character bloßer Gefährdungen an sich tragen; der bloße Ungehorsam gegen obrigkeitliche Anordnungen, das die Achtung verletzende unziemliche und widerspenstige Verhalten gegen die Behörden und deren Organe als solche, dessen Ahndung beziehentlich der Disciplinargewalt anheimfällt; und daher insbesondre auch die Wiederbesitznahme der in Sequestration genommenen Gegenstände, das Vorbringen falscher Thatsachen und die Unterdrückung der Wahrheit, die bloße Beschädigung und Verunreinigung öffentlicher Bekanntmachungen und Bezeichnungen. Die Verabredung zu gemeinsamer Arbeitseinstellung ist an sich noch keine Auflehnung gegen die öffentliche Autorität, obwohl es, insofern sie widerrechtlich ist, zunächst den Character der Nöthigung annehmen kann. Die Selbsthilfe kann nur vom criminellen Standpunkte aus als strafbar betrachtet werden, — als Eingriffe in die Justizgewalt — und das Duell läßt sich ebenfalls von diesem Gesichtspunkte aus als criminell strafbar ansehen, wenn man nicht annehmen will, daß dasselbe vorherrschend als eine Verletzung der Sittlichkeit sich darstelle, und demnach polizeilich strafbar sei. Als eine criminell strafbare Verletzung der Amtspflicht kann nur der Amtsmißbrauch und die Annahme von Geschenken betrachtet werden, an sich jedoch nur, wenn dabei eine pflichtwidrige Handlung in Frage ist, nicht die bloße Dienstvernachlässigung, welche disciplinell zu ahnden ist, wenn auch der Justizbehörde die Cognition darüber zusteht, ob in deren Folge ein Schädenanspruch begründet sei. In Bezug auf die Religion wird davon auszugehen sein, daß nur gewaltsame Angriffe auf deren Ausübung criminell strafbar seien, nicht auch bloße Störungen derselben, und Verletzungen der Ehrfurcht gegen die Religion, daher auch der Meineid richtiger als eine Verletzung der Rechtspflichten angesehen wird. — Insofern in den vorgedachten Beziehungen die Grenzlinie zum Theil mehr oder weniger schwankend ist, und Polizeivergehen in Criminalvergehen übergehen können, ist es die Aufgabe der Gesetzgebung, die Merkmale genau festzustellen. Auch kann es angemessen befunden werden, die Bestrafung einzelner Vergehen, welche an sich als Polizeivergehen sich darstellen, wegen ihrer größern Gefährlichkeit und Strafbarkeit den Justizbehörden zu überweisen; unzweckmäßig würde es jedoch sein, dies auf die Excesse gegen die Obrigkeit und deren Organe überhaupt auszudehnen, da dies insofern zu großen Erschwerungen führen würde, als in der Regel die betreffende Behörde ohnehin einzuschreiten hat.

c) Die Gefährdungen der Rechtssubjecte und ihrer Rechtssphäre gestalten sich verschiedenartig; nämlich theils als positive Handlungen, welche eine Rechtsverletzung unmittelbar oder mittelbar bezwecken, z. B. staatsgefährliche Verbindungen, die Verbreitung staatsgefährlicher falscher Gerüchte, die Vergiftung von Brunnen und von zum Verkauf bestimmter Lebensmittel; theils als positive Handlungen, welche mehr oder weniger wahrscheinlich das Leben oder die Gesundheit

von Personen bedrohen, oder eine Verletzung des Eigenthums Anderer zur Folge haben können, z. B. die Aussetzung hilfloser Personen, die Hervorbringung von Explosionen, die Erregung von Ueberschwemmungen, die Inbrandsteckung des eignen Gebäudes, der Transport kranker Personen, die mißbräuchliche Verwendung von Kindern in Fabriken, der unvorsichtige Gebrauch von Gewehren, das schnelle Reiten und Fahren, der Verkauf gifthaltiger Waaren, die Ausübung der Medicasterei; theils als positive Handlungen, welche mittelbar eine solche Folge haben können, z. B. die Aufstellung von Gegenständen an Orten, wo sie leicht herabfallen können, die Aufstellung nicht haltbarer Gerüste; theils als Unterlassungen, welche unmittelbar oder mittelbar eine Anderen nachtheilige Folge haben können, z. B. die unterlassene Meldung eines eingetretenen Scheintodes, die verweigerte Unterstützung von Rettungsversuchen und Hilfeleistung in Nothfällen, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, die vernachlässigte Aufsicht auf Wahnsinnige, und bösartige Thiere, das unterlassene Ausspannen von Pferden, die unterlassene Verdeckung von Brunnen, die unverschlossene Aufbewahrung von Giften, die unterlassene Tödtung toller Hunde, die unterlassene Verscharrung gefallenen Viehes. Insoweit nicht Handlungen oder Unterlassungen dieser Art bereits einen, Andere verletzenden Erfolg gehabt haben, und daher in dolose oder culpose Verbrechen übergegangen sind, oder an sich schon zugleich eine criminelle Seite darbieten, wie die Aussetzung hilfloser Personen, die Inbrandsteckung des eignen Gebäudes als Betrug gegen die Versicherungsanstalt, oder sich als Versuch vorsätzlicher Verbrechen betrachten lassen, wie z. B. die Vergiftung von Brunnen, und die staatsgefährlichen Verbindungen, kann deren Strafbarkeit an sich nur vom polizeilichen Gesichtspunkte aus in Betracht gezogen werden, da sie keine Rechtsverletzung in sich fassen, wenn es auch für angemessen erachtet werden kann, einzelne derselben ihrer größeren Gefährlichkeit wegen mit criminellen Strafen zu bedrohen. Es würde aber offenbar zu weit führen, wollte man jedem nachtheiligen Erfolge einer an sich nur gefährdenden Handlung die Wirkung, diese in ein Criminalvergehen zu verwandeln, beilegen, z. B. wenn der Transport eines Kranken diesen kränker gemacht hat, daher es die Aufgabe der Gesetzgebung ist, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter welchen eine solche Handlung wegen des Erfolges als ein culposes Criminalvergehen angesehen werden soll. 10)

d) **Beeinträchtigungen und Beschädigungen fremden Eigenthums**, z. B. durch Fahren, Reiten, Gehen, oder bei der Feldbestellung, beim Bauen, durch Einhüten von Vieh, der Baum-

---

10) Wenn Abegg in seinem Lehrbuche der Strafrechtswissenschaft (§. 386) annimmt, die bloße Gefährlichkeit sei auch von Rechtswegen zu ahnden, sofern die Herbeiführung der möglichen Gefahr selbst ein Unrecht sei, so vermögen wir ihm nicht beizustimmen.

frevel, die widerrechtliche Benutzung fremder Sachen, die Benachtheiligung durch Verletzung eines Geheimnisses, durch unterlassene Anzeige einer Findung, der Ankauf gestohlener Sachen unter verdächtigen Umständen können ihrem Wesen nach mehr den Character strafbarer Rechtswidrigkeiten an sich tragen, insoweit sie als strafbar sich darstellen, obwohl die Merkmale der criminellen Strafbarkeit in den meisten Fällen weniger bestimmt hervortreten, wie bei andern Rechtsvergehen, und daher die Zuerkennung einer Strafe in der Regel eine vorausgegangene Strafandrohung voraussetzen wird. Man kann es daher angemessener finden, deren Bestrafung der Polizeibehörde zu überlassen, wie dies auch in einzelnen Polizeistrafgesetzbüchern geschehen ist. Dagegen trägt das Ausstreuen falscher Gerüchte über Vermögensverhältnisse gewisser Personen und die unterlassene Ueberwachung auf der Weide befindlichen Viehes an sich nur den Character der Gefährdung an sich. Nicht minder kann es nur als polizeilich strafbar angesehen werden, wenn Andere durch Handlungen benachtheiligt werden, deren Ausübung ihnen ausschließend zusteht, z. B. durch den Betrieb von Mäklergeschäften, durch die Verfertigung patentirter oder zunftmäßiger Gegenstände, durch Schriftenverfertigung, da solche Handlungen nur als Zuwiderhandlungen diesfalls bestehender Anordnungen sich darstellen. Dasselbe gilt vom Wucher und vom Vor- und Aufkaufe. Auch die Annahme einer fremden Firma fällt unter diesen Gesichtspunkt, da sie nicht ohne weiteres als eine betrügliche Handlung und eben so wenig als ein Eingriff in ein fremdes Recht betrachtet werden kann, indem die Wahl einer beliebigen Firma an sich nicht unerlaubt ist. Dagegen läßt sich bei dem Gebrauche fremder Waarenzeichen davon ausgehen, daß demselben die Absicht des Betruges unterliege. Auch wird das Verbot gewisser Handlungen zum Schutz bestimmter Rechte gegen bestimmte Personen, z. B. das Einhüten in einen Wald, von der Justizbehörde auszugehen haben, da, wenn auch ein solches Verbot den Character einer Präventivmaßregel an sich trägt, es sich doch dabei vorherrschend um die Cognition über ein gestörtes Rechtsverhältniß handelt. Dagegen kommt die Abwehrung offener Gewalt der Polizeibehörde zu.

e) Der Betrug ist an sich als ein criminelles Vergehen zu betrachten, da derselbe gegen gewisse Rechtssubjecte gerichtet ist, und zu deren Nachtheil einen widerrechtlichen Vermögensvortheil bezweckt. Stellen sich aber betrügliche Handlungen zunächst als Zuwiderhandlungen gegen ein von einer Verwaltungsbehörde ausgegangenes Gebot dar, z. B. die Hinterziehung von Abgaben, der Gebrauch unrichtigen Maßes oder Gewichtes, die Ueberschreitung gegebener Taxen, so wird in der Regel nur die Vollstreckung der angedrohten Strafe in Frage kommen und daher auch die Bestrafung der ungleichen Theilnehmer der betreffenden Verwaltungsbehörde zu überlassen sein. Jedoch kann auch die Bestrafung des Betruges eintreten, wenn dieses Vergehen als ein besonderes hervortritt, z. B. wenn von den Goldschmidten das vorge-

schriebene Mischungsverhältniß nicht beachtet, und geringhaltigere Waare für der Vorschrift entsprechende verkauft wird. Auch bei Paßverfälschungen und beim Gebrauche fremder Legitimation als eigner wird der polizeiliche Character insofern als vorherrschend anzusehen sein, als damit zunächst eine Umgehung der von der Polizeibehörde getroffenen Einrichtungen und eine Täuschung derselben bezweckt wird. Dasselbe gilt von bloßen Täuschungen, welche nicht zugleich eine rechtswidrige Handlung in sich fassen, z. B. wenn Jemand einen falschen Namen führt, unter falschen Vorspiegelungen bettelt, Wunderarzneien anpreist. Nicht minder fallen Gaukeleien, wie das Wahrsagen, das Kartenschlagen, dem Gebiete der Polizei anheim, da sich die Betheiligten der Täuschung freiwillig hingeben. Die Verfertigung falschen Geldes ist, da die Nachbildung von Geld an sich nicht strafbar ist, wenn es nicht als Eingriff in ein Regierungsrecht ausdrücklich verboten wird, richtiger unter den Begriff des Betruges zu stellen, gleich der wissentlichen Wiederausgabe falschen Geldes. Dagegen fällt der Besitz öffentlicher Siegel und Stempel, sowie der Besitz von Prägmaschinen, an sich nur in die Kategorie der Vorbereitungen zu Fälschungen, und rechtfertigt daher an sich auch nur ein polizeiliches Einschreiten, da es sich dabei zunächst nur um eine Präventivmaßregel handelt.

f) Als erweitert muß die Competenz der Polizei betrachtet werden, wo das zwischen einzelnen Personen bestehende engere Band es mit sich bringt, daß der Eine zum Gehorsam gegen den Andern verpflichtet, und in dessen Folge diesem das Recht der Züchtigung eingeräumt ist, z. B. zwischen Eltern und Kindern, Dienstherrschaften und Gesinde, Lehrmeistern und Lehrlingen, indem es sich bei solchen Verhältnissen zunächst darum handelt, die Ordnung aufrecht zu erhalten, und demnach auch die Competenz der Polizei Platz greift, wenn jenes Recht überschritten oder der Gehorsam verweigert wird, dafern nicht das Verhalten ein solches gewesen ist, daß nicht mehr eine bloße Ordnungswidrigkeit in Frage ist, sondern eine Körperverletzung oder eine thatsächliche Widersetzlichkeit, und somit dasselbe in ein Criminalvergehen übergegangen ist, z. B. wenn die Züchtigung mit ungeeigneten Instrumenten erfolgt ist und eine Verwundung bewirkt hat. Auch ist die Strafbarkeit eines an sich der Competenz der Polizei anheimfallenden Vergehens als erhöhet zu betrachten, wenn die mit demselben in Verbindung vorgekommenen Rechtsverletzungen dasselbe als eine gröbere, die öffentliche Sicherheit in höherem Grade gefährdende Ordnungswidrigkeit erscheinen lassen, insofern nicht jenes criminelle Vergehen als das vorherrschende zu betrachten und daher die Bestrafung überhaupt der Justizbehörde zu überlassen ist.

g) Handelt es sich um die Ermittelung begangener Verbrechen und der Thäter derselben, so tritt insofern eine Concurrenz der Competenz ein, als es Sache der Justiz ist, die Verbrecher zur Strafe zu ziehen, Pflicht der Polizei, dafür zu wirken, daß dies geschieht,

um künftigen Verbrechen vorzubeugen. Zweckmäßig ist es jedenfalls die Ermittelung der Verbrecher hauptsächlich in die Hand der Polizei zu legen, da dieser insofern die geeignetern Mittel zu Gebote stehen, als ihr die Ueberwachung der verdächtigen Personen und Orte überhaupt obliegt, und in der Regel zunächst der Verdacht nicht gegen bestimmte Personen gerichtet zu sein pflegt. Die Bestimmung darüber, ob und wenn die Abgabe eines verdächtigen Individuums an die Justizbehörde zu Einleitung der Untersuchung zu erfolgen habe, muß dem Ermessen im einzelnen Falle überlassen bleiben.

3) Verhältniß der Polizei zur Regierungsgewalt im engern Sinne. Um sich hierüber klar zu werden, hat man zu berücksichtigen:

a) daß sich beide insofern auf verschiedenartige Weise berühren, als bald die Rücksicht auf die Beseitigung eines Uebelstandes in die Befriedigung höherer Ansprüche übergeht, oder diese neben jenen in Frage kommt, z. B. beim Straßenbau die polizeiliche Rücksicht, das Fortkommen gefahrlos und demnach die Wege fahrbar zu machen, und die höhere, für die thunlichste Schnelligkeit und Bequemlichkeit des Fortkommens zu sorgen, beim Bauwesen die Abwendung von Gefahren für das Leben, die Gesundheit und das Eigenthum, sowie von Verletzungen der Sinne — des Sehens und Geruches — und die höhere Rücksicht, dem guten Geschmack zu genügen; bald die Beseitigung eines polizeilichen Uebelstandes zugleich die Förderung eines Zweckes oder auch des Wohlstandes in sich faßt, z. B. bei dem Brandversicherungswesen die Abwendung völliger Verarmung und die Förderung des Wohlstandes, beim Gewerbewesen, die Regulirung des Verkehres durch Beseitigung von Hemmnissen oder Beschränkung der Freiheit, und die Förderung der Gewerbthätigkeit; bald endlich Rücksichten verschiedener Art concurriren, z. B. bei den Heimathssachen die nöthig gewordene Ausweisung oder die Sorge für den Unterhalt, und die Frage, wo die Heimath begründet sei, oder ob die Aufnahme in eine Gemeinde zu erfolgen habe, beim Anhalten der Kinder zur Schule, die Sorge, dieselben vor Verwilderung zu bewahren, und sie im allgemeinen auszubilden, und die kirchliche Rücksicht der religiösen Ausbildung. In Bezug auf die Fälle der letztern Art ist zu erwägen, welche Rücksicht die überwiegende ist, um danach das Behördenverhältniß zu reguliren. Um für die Fälle der erstern Art die Grenzlinie festzustellen, bedarf es annoch einer nähern Erörterung der Fragen, unter welchen Voraussetzungen die Polizei einzuschreiten habe und wie weit sie gehen dürfe [11]);

---

11) Wenn man in den Schriften über die Polizei und über die politische Oeconomie oft dieselben Gegenstände, z. B. das Armenwesen und das Brandversicherungswesen in nicht wesentlich verschiedener Weise behandelt findet, so beruhet dies darauf, daß man sich über die grundsätzliche Verschiedenheit beider Wissenschaften, nach welcher jene es mit der Beseitigung vorwaltender Uebelstände,

b) daß die polizeiliche Thätigkeit als solche zu unterscheiden ist von dem, was von Verwaltungsbehörden zu geschehen hat, um den polizeilichen Verpflichtungen nachzukommen, welche dem Staate oder den Gemeinden obliegen, indem sie solchenfalls als deren Vertreter handeln, und somit der Polizei, welche darüber zu wachen hat, daß diesen Verpflichtungen Genüge geleistet wird, gegenüberstehen, z. B. der Verpflichtung, die Straßen im Stande zu erhalten, die Armen zu versorgen.

4) Verhältniß der Polizei zur Kirchendisciplin. Jener kommt die Aufrechthaltung der äußern Ordnung und Zucht im Kirchenwesen, dieser die Aufrechthaltung der Zucht und Ordnung im innern Kirchenwesen zu. Nicht selten treffen jedoch beide Rücksichten zusammen, wo es sich dann fragt, ob die eine als die vorherrschende zu betrachten sei, um zu bestimmen, ob die weltliche oder die kirchliche Behörde für competent zu achten sei, oder die gleichzeitige Competenz beider einzutreten habe, z. B. in Bezug auf schädliche Gewohnheiten bei Taufen.

V. Aus dem Vorstehenden ergiebt sich im allgemeinen, unter welchen Voraussetzungen die Competenz der Polizei Platz greift, worauf der Grund ihrer Thätigkeit beruhet, und welche Zwecke sie zu verfolgen hat. Noch bedarf es aber in folgenden Beziehungen einer Erörterung der Frage, unter welchen Voraussetzungen sie auf dem an sich ihrer Wirksamkeit zugetheilten Gebiete einzuschreiten berechtigt und verpflichtet sei.

1) Der Polizei liegt es ob, Rechtsverletzungen zu verhüten und abzuwenden, und drohenden Verlusten vorzubeugen. Sie hat daher auch den absichtlichen, minder gewaltsamen Rechtsverletzungen und demnach insbesondre auch dem Betruge, sowie den nicht strafbaren Rechtsverletzungen schützend entgegen zu treten. Es liegt aber, soviel zunächst die zu Verhütung von Betrügereien zu treffenden polizeilichen Maßregeln anlangt, in der Sache, daß sich die Polizei in Bezug auf die im Verkehre vorkommenden Betrügereien auf Vorkehrungen in solchen Fällen zu beschränken hat, welche, weil sie öfter wiederkehren, eine besondere Veranlassung dazu darbieten. Dahin sind namentlich zu rechnen: der Gebrauch unrichtigen Maßes und Gewichtes, der Verkauf über der Taxe und der Verkauf verfälschter Waaren. In den erstern beiden Fällen fallen jedoch die Vorbeugungsmaßregeln zusammen mit der Aufsichtsführung auf die Befolgung der diesfalls von der Polizei ertheilten Vorschriften, im letztern Falle wird in der Regel nur da einzuschreiten sein, wo eine besondere Veranlassung vorliegt, und fragt es sich dabei

---

diese es mit der Förderung des Wohlstandes zu thun hat, nicht klar geworden ist. Denn gehören auch mehrere Institute beiden Wissenschaften an, so sind doch Grund, Zwecke und Mittel wesentlich verschieden, je nach dem es sich darum handelt, das eine oder das andere Princip geltend zu machen. Die Polizei sorgt dafür, daß der Arme nicht untergeht, die Nationalöconomie sucht die Mittel auf, durch Förderung des Wohlstandes Verarmung zu verhüten.

nur, inwiefern sich die Polizei veranlaßt finden kann, in Bezug auf gewisse Arten von Fälschungen wiederholte Visitationen vorzunehmen. In ähnlicher Weise wird die Polizei auch zu Verhütung von an sich nicht strafbaren Verletzungen und Vermögensverlusten nur einzuschreiten haben, wenn entweder die diesfallsige Gefahr eine allgemeinere, oder die Rechtsverletzung eine unzweifelhafte ist. Ersteres ist namentlich der Fall bei gewissen Instituten, z. B. Leichenkassen, Sterbekassen, Sparkassen, Actienvereinen, letzteres tritt z. B. ein, wenn gewisse Vorrichtungen, z. B. Dampfmaschinen durch das Auswerfen von Steinkohlenruß, dem Nachbar dauernd Schaden zufügen [12]), indem dann der Besitzer anzuhalten ist, eine Einrichtung zu treffen, durch welche dies vermieden wird. Dasselbe gilt, wenn ein übermäßiger Wildstand oder das Ausfliegen von Feldtauben fremdes Eigenthum beeinträchtigen [13]).

2) Was für die Gesundheit und das Eigenthum gefährdend sei, wird im einzelnen Falle unschwer zu bestimmen sein, wenn man sich auch im allgemeinen begnügen muß, gewisse Kategorien aufzustellen und einzelne offenbar gefährdende Handlungen und Unterlassungen herauszuheben. Auch muß dem Ermessen im einzelnen Falle in manchen Beziehungen ein größerer Spielraum gelassen werden, da die Frage, ob eine Handlung oder Unterlassung gefährdend sei, nach den einschlagenden Umständen zu beurtheilen ist, z. B. in Bezug auf das schnelle Reiten, das Aufstellen von Gegenständen, wo sie herabstürzen können, die Weigerung einem Kranken Obdach zu gewähren.

3) Schwieriger ist es, im allgemeinen zu bestimmen unter welchen Voraussetzungen die Polizei gegen das einzuschreiten habe, was sich als belästigend und verletzend für die Sinne und das Gefühl darstellt. Denn wird auch Niemand daran zweifeln, daß z. B. das öffentliche Aushängen eines das sittliche Gefühl verletzenden Bildes, das Einbauen eines schiefstehenden Gebäudes in eine geradlinige Straße, die Errichtung eines den Regeln des Geschmacks Hohn sprechenden Gebäudes an einem öffentlichen Platze, der Betrieb

---

12) Vergl. des Unterzeichneten Abhandlung über diesen Gegenstand in dessen Beiträgen zur Erörterung practischer Rechtsmaterien (Chemnitz 1830). Ob in Fällen dieser Art auch eine Civilklage stattfinden kann, z. B. novi operis nunciatio, kommt hier nicht in Betracht.

13) Die auf die Acte der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit bezüglichen Vorschriften haben nicht von der Polizei auszugehen, da sie nicht vom Gesichtspunkte der Präventivjustiz aus zu beurtheilen sind, wie dies z. B. von v. Mohl in seinem Systeme der Präventivjustiz geschieht. Der wesentliche Grund, aus welchem für die dahin gehörigen Geschäfte eine gewisse Form vorgeschrieben wird und Vormünder zu bestellen sind, ist nicht darin zu suchen, daß Rechtsverletzungen abgewendet werden, wenn auch dieser Zweck zugleich mit erreicht wird, sondern darin, den Beweis zu erleichtern, Streitigkeiten vorzubeugen, dem Staate gegenüber Gewißheit herzustellen über das Eigenthum des steuerbaren Grund und Bodens, und für die nothwendige Vertretung der Unmündigen zu sorgen.

eines weit umher einen sehr üblen Geruch verbreitenden Geschäftes in einer belebten Straße, die Anlegung einer Düngergrube unmittelbar an einer solchen, von der Polizei nicht zu dulden sei, so lassen sich doch kaum im voraus feste Grundsätze darüber aufstellen, was in diesen Beziehungen für unstatthaft erachtet werden soll. Vielmehr wird dem Ermessen diesfalls ein größerer Spielraum eingeräumt werden müssen.

4) Auch die Ansprüche auf Beseitigung von Hemmnissen und Erschwerungen, welche sich dem Verkehre entgegenstellen, gestalten sich nach localen Verhältnissen verschieden, und haben sich mit der Zeit mehr und mehr gesteigert. Wird es sich daher auch in einzelnen Beziehungen unschwer erkennen lassen, was nothwendig einer Abhilfe bedarf, z. B. ein in schlechtem Zustande befindlicher Weg, so wird es doch meistens sich um Maßregeln handeln, welche sich, ohne daß eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung ein Anhalten gewährt, nicht durchführen lassen, wenn die Betheiligten zu Etwas gezwungen werden sollen, da dies voraussetzt, daß eine unzweifelhafte Nothwendigkeit vorliegt.

5) Einer nähern Erörterung bedarf die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Polizei Strafen verhängen dürfe. Um sich hierüber klar zu werden, hat man Folgendes in's Auge zu fassen:

a) Die Handlungen und Unterlassungen, deren Bestrafung im Bereiche der Polizei in Frage kommt, sind von dreifacher Art. Einmal sind es solche, welche an sich vollkommen statthaft sein würden, aber aus polizeilichen Gründen und zur Erreichung eines polizeilichen Zweckes verboten oder geboten worden sind, und daher lediglich als Zuwiderhandlungen gegen dieses Verbot oder Gebot strafbar sind, z. B. wenn die Polizei das Hausiren, das Tragen von Gewehren auf fremden Jagdrevieren, von Instrumenten zum Holzfällen in fremden Waldungen verbietet, den Gebrauch bestimmter Maße und Gewichte, das regelmäßige Kehren der Gasse gebietet, den Betrieb eines Gewerbes von vorher zu erlangender obrigkeitlicher Concession abhängig macht. In diesen Fällen sind die anzudrohenden Strafen bloße Zwangsmittel und als solche lediglich nach der Wichtigkeit des Zweckes zu bemessen, und die Zuwiderhandlung wird nur strafbar, weil eine Strafe angedrohet war, oder als Renitenz gegen das betreffende Verbot oder Gebot. Sodann sind es Handlungen oder Unterlassungen, welche zwar an sich schon den Character einer Polizeiwidrigkeit an sich tragen, indem sie als verletzend oder gefährdend im früher bezeichneten Sinne sich darstellen, aber nicht so entschieden, daß man sie ohne weiteres für strafbar erachten könnte, sondern höchstens sich annehmen ließe, daß eine moralische Verpflichtung vorliege, sie zu vermeiden, z. B. der Verkehr zwischen verpesteten und gesunden Orten, das Klatschen mit der Schlittenpeitsche, das Ueberschreiten der Eisenbahn, das Treiben von Glücksspielen. Sollen daher Handlungen oder Unterlassungen dieser Art für strafbar erachtet werden, so setzt dies ebenfalls die vorhergegangene Androhung einer bestimmten

Strafe voraus. Endlich sind es solche Handlungen oder Unterlassungen, welche den Character der Strafbarkeit unbedingt an sich tragen. Diese können, da deren Bestrafung auf dem Principe der Gerechtigkeit beruhet, auch ohne vorhergegangene Strafandrohung, bestraft werden. Denn ist, wie früher gezeigt worden ist, der Anspruch auf Erfüllung der Jedem im Staate gegen das Allgemeine und gegen Jedermann obliegenden Verpflichtungen eben so begründet, wie der Anspruch auf Unverletzlichkeit der individuellen Rechtssphäre, so ist auch die Bestrafung der Vernachlässigung einer solchen Verpflichtung eben so ein Gebot der Gerechtigkeit, wie die Bestrafung einer Rechtsverletzung, sobald nur die allgemeinen Bedingungen und Merkmale der Strafbarkeit als vorhanden anzusehen sind [14]). Fragt man aber, unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen sei, so wird man nur solche Handlungen und Unterlassungen ohne weiteres für polizeilich strafbar erachten können, welche entweder entschieden den Character der Gefährdung eines Gutes an sich tragen und mindestens auf grober Verschuldung beruhen, oder als ein absichtlicher Eingriff in die allgemeine oder in besonderen Beziehungen als bestehend anerkannte Ordnung, oder als ein renitentes oder ungebührliches Verhalten gegen die öffentliche Autorität sich darstellen, oder als eine grobe Verletzung der Sittlichkeit zu betrachten sind, da sich nicht davon ausgehen läßt, daß auch schon minder wahrscheinliche Gefährdungen und bloße Verletzungen der Sinne im Bewußtsein des Menschen von selbst als strafbar sich ankündigen. Je schwieriger es aber ist, in dieser Hinsicht eine allgemeine Grenzlinie zu ziehen, um so nothwendiger ist es, in einem Polizeistrafgesetzbuche, neben einer allgemeinen Bezeichnung dessen, was strafbar sein soll, die Handlungen und Unterlassungen thunlichst speciell aufzuführen, welche Strafe nach sich ziehen sollen.

b) Die Natur der Polizeivergehen ist eine eigenthümliche und wesentlich verschieden, je nach dem die bezüglichen Handlungen oder Unterlassungen der einen oder der andern der vorgedachten drei Kategorien angehören, und je nach dem entweder eine bestimmte Handlung oder Unterlassung mit Strafe bedrohet wird, oder eine gewisse Handlungsweise z. B. Excesse gegen die allgemeine Ruhe und Ordnung, unziemliches Verhalten gegen Obrigkeiten und deren Organe, unvorsichtiges Umgehen mit Feuer und Licht, zu schnelles Reiten auf belebten Straßen. Letzteres geschieht insbesondre bei den an sich unstatthaften und strafbaren Handlungen, deren Strafbarkeit eine größere oder geringere sein kann, und bei welchen demnach die Höhe

---

14) Daß die Zuerkennung einer Strafe auch ohne vorhergegangene Strafandrohung erfolgen könne, ergiebt sich hieraus von selbst, da die Strafe den Character der Wiedervergeltung an sich trägt und der Staat verpflichtet ist, die entsprechenden Zwangsmittel zum Schutz aller aus dem Verhältnisse der Coexistenz entspringenden Ansprüche anzuwenden.

der Strafe dieser im einzelnen Falle anzupassen ist. Jene eigenthümliche Natur und Verschiedenheit der Polizeivergehen ist aber in folgender Beziehung von entschiedenem Einflusse.

aa) Der Erfolg kommt als solcher bei Beurtheilung der Strafbarkeit von Polizeivergehen in der Regel nicht in Betracht. Denn haben gefährdende Handlungen einen Andere verletzenden Erfolg gehabt, so hören sie insoweit auf, Polizeivergehen zu sein und es kann nur in Frage kommen, ob, wenn diese Verletzung nicht criminell zur Strafe gezogen wird, die Gefährdung als strafbare zu betrachten ist, während außerdem der Erfolg nur ein Merkmal dafür abgiebt, daß eine Gefährdung vorlag, z. B. wenn ein unverwahrter Blumentopf herabgefallen ist. Bei den übrigen Polizeivergehen fällt entweder der Erfolg mit dem Vergehen selbst zusammen, wie z. B. bei den Excessen, oder es ist derselbe nicht besonders zu berücksichtigen, weil es sich nur um die Zuwiderhandlung gegen ein bestimmtes Gebot oder Verbot als solche handelt.

bb) Ist eine bestimmte Handlung oder Unterlassung bei Strafe ausdrücklich verboten oder geboten, so kommt darauf, ob Absichtlichkeit oder Fahrlässigkeit vorliegt, nichts an, weil es sich nur fragt, ob eine Zuwiderhandlung gegen die ausdrückliche Bestimmung begangen worden ist oder nicht. Von einer solchen culpa kann in solchen Fällen nur die Rede sein, wenn es sich fragt, ob Jemand die Schuld zu vertreten hat, z. B. der Wirth seine Leute in Bezug auf in seiner Wirthschaft getriebene verbotene Spiele, oder ob die Unkenntniß der Bestimmung Beachtung finden könne. Ist dagegen die Bestrafung einer an sich strafbaren Handlung nach allgemeinen Grundsätzen oder die Bestrafung einer mit Strafe bedroheten Handlungsweise in Frage, so greifen die allgemeinen Grundsätze von Vorsatz und von der Unbedachtsamkeit Platz. Der Grad der Strafbarkeit richtet sich dann nach dem Grade der Schuld, und giebt den Maßstab für die Strafart und für die Höhe der Strafe ab.

cc) Der Versuch kann bei Zuwiderhandlungen gegen Strafbestimmungen, durch welche an sich statthafte Unterlassungen aus polizeilichen Gründen geboten werden, gar nicht, und bei Verboten an sich statthafter Handlungen nur als Renitenz gegen die obrigkeitliche Anordnung in Betracht kommen, da die angedrohte Strafe nur als verwirkt angesehen werden kann, wenn dem Verbote wirklich entgegen gehandelt worden ist. Auch kann die Strafbarkeit einer solchen Renitenz nicht unbedingt nach der Größe der angedrohten Strafe bemessen werden, weil diese sich lediglich nach der Wichtigkeit des dem Verbote unterliegenden Zweckes zu richten hat. Vielmehr wird in solchen Fällen die Bestrafung des bloßen Versuches in der Regel gar nicht in Frage kommen, da der Zweck der Strafe an sich nur die Bestrafung vollendeter Uebertretungen erheischt, und überdies auch nur selten der Versuch als solcher erkennbar hervortreten wird. Dagegen ist bei an sich unstatthaften und strafbaren

Handlungen — bei Unterlassungen wird auch hier ein Versuch überhaupt nicht vorkommen können — anzunehmen, daß in Ansehung der Strafbarkeit des Versuches die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze Platz greifen, obschon auch hier der Versuch als ein für sich strafbares Vergehen sich nicht leicht herausstellen wird, da theils bei Polizeivergehen die Merkmale des Versuches seltener hervortreten, theils die Strafbarkeit dieser Vergehen überhaupt eine geringere ist.

dd) Aehnliches gilt von den Gehilfen und Begünstigern von Polizeivergehen. Es kann daher zwar deren Bestrafung nach gleichen Grundsätzen in Frage kommen, allein es wird dies nur ausnahmsweise der Fall sein [15]).

ee) Im Auslande begangene Polizeivergehen können nur als strafbar betrachtet werden, bei an sich nach allgemeinen Grundsätzen strafbaren Handlungen oder Unterlassungen, bei Vorschriften, welche ihrem Zwecke nach überall zu befolgen sind, z. B. die Paßvorschriften, und wenn Handlungen wegen ihres unsittlichen, belästigenden oder gefährdenden Characters mit Strafe bedrohet sind, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß solche auch im Auslande, wo sie begangen worden sind, für strafbar erachtet werden. Je schwieriger es aber ist, hierüber im allgemeinen bestimmte Grundsätze aufzustellen, um so nothwendiger ist es, daß die Voraussetzungen, unter welchen gewisse Polizeivergehen, auch wenn sie im Auslande begangen worden sind, mit der angedroheten Strafe belegt werden sollen, gesetzlich festgestellt werden [16]).

6) Jeder Staatsbürger ist verpflichtet, dem Genüge zu leisten, was polizeiliche Zwecke als nothwendig erscheinen lassen, und dies auch dann, wenn ein solcher Zweck einen Eingriff in seine Privatrechte er-

---

15) Wegen der allgemeinen Merkmale der Strafbarkeit einer Handlung, sowie wegen der in Bezug auf die Zumessung der Strafe hinsichtlich der Absichtlichkeit und Unachtsamkeit, und wegen des Versuches und der Beihilfe zu befolgenden Grundsätze vergl. insbesondre Köstlin's ang. neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechtes.

16) Bei Entwerfung eines allgemeinen Polizeigesetzstrafbuches ist zu erwägen, inwieweit — außer den allgemeinen Bestimmungen über das, was als polizeilich strafbar zu betrachten sein soll, über die Strafen und deren Vollziehung, über das Recht der Unterbehörden, solche anzudrohen, über Versuch und Beihilfe, dolus und culpa, Zumessung der Strafe und Zurechnung, und außer den Strafbestimmungen, welche sich auf für sich bestehende Kategorien von Polizeivergehen beziehen — auch solche aufgenommen werden sollen, welche mehr oder weniger im Zusammenhange mit organischen Bestimmungen stehen, z. B. mit der Gewerbgesetzgebung und in wieweit die Bestrafung kleinerer Rechtsverletzungen den Polizeibehörden, und umgekehrt die Bestrafung gröberer Vergehen, welche an sich als Polizeivergehen zu betrachten sind, den Justizbehörden überwiesen werden sollen. In den in einzelnen Staaten errichteten Polizeistrafgesetzbüchern ist dies Alles bald mehr bald weniger geschehen. Man vergl. die Polizeistrafgesetzbücher für Hannover vom 25. Mai 1847, für das Großherzogthum Hessen vom 2. Nov. 1847, für Württemberg vom 2. Mai 1852 und den Entwurf eines Polizeistraf-Gesetzbuchs für Bayern vom Jahre 1851.

heischt, indem entweder ein Theil seines Eigenthums für denselben in Anspruch genommen oder erfordert wird, daß er sich hinsichtlich der Disposition über dieses einer Beschränkung unterwerfe. Daher darf Niemand in einer, Andere verletzenden oder gefährdenden Weise über sein Eigenthum verfügen, und muß Jeder mit diesem die Veränderungen vornehmen, welche nöthig sind, um zu beseitigen, was verletzend oder gefährdend ist, z. B. ein den Einsturz drohendes Gebäude niederreißen, ein Ueberschwemmung veranlassendes Ufer herstellen. Selbst die Vernichtung eines gefährdenden Gegenstandes kann angeordnet werden, z. B. zu Verhütung der Weiterverbreitung ansteckender Krankheiten, ohne daß eine Entschädigung dafür beansprucht werden kann, außer nach Befinden in Fällen, wo die angeordnete Vernichtung für unbedingt nothwendig nicht erachtet werden kann. Es ist aber stets vorauszusetzen, daß aus der Unterlassung Schaden zu befürchten steht, daher der Grundsatz nicht auch dann Platz greift, wenn aus einer bestandenen Vorrichtung für Andere ein Vortheil erwachsen ist. Handelt es sich um die Abtretung von Eigenthum, so ist vorauszusetzen, daß der zu erreichende polizeiliche Zweck ein dringender sei und volle Entschädigung gewährt werde. Da aber bei Entscheidung der Frage, ob die Abtretung von Eigenthum zu einem solchen Zwecke in der That für nothwendig zu achten sei, dem Ermessen ein gewisser Spielraum unerläßlich eingeräumt werden muß, und daher im einzelnen Falle leicht Zweifel darüber erhoben werden können, so erscheint es zweckmäßig, daß die Voraussetzungen wenigstens im allgemeinen gesetzlich festgestellt werden.

VI. Noch sind die allgemeinen Grundsätze einer nähern Betrachtung zu unterwerfen, welche der Polizei bei ihrer Thätigkeit zur Richtschnur zu dienen haben, insofern es sich fragt, unter welchen Voraussetzungen Zweckmäßigkeit, Nothwendigkeit, Gleichmäßigkeit und Rechtmäßigkeit maßgebend sind. Zu diesem Zwecke ist Folgendes zu bemerken:

1) Handelt es sich um allgemeine Vorschriften, Anordnungen und Maßregeln, durch welche weder Beschränkungen auferlegt, noch Leistungen oder Unterlassungen gefordert werden sollen so kommen nur Gründe der Zweckmäßigkeit in Betracht, während entgegengesetzten Falles zu erwägen ist, ob in der That ein polizeilicher Uebelstand vorliegt, und welche Maßregeln zu dessen Beseitigung nothwendig sind, und als dem Zwecke entsprechend sich darstellen. Dabei ist darauf zu achten, daß nicht die Grundsätze der Gleichmäßigkeit verletzt werden, und wenn Einzelnen verhältnißmäßig größere Opfer aufzuerlegen sind, Entschädigung gewährt werde. Es ist aber die Polizeigewalt, wenn es darauf ankommt, allgemeine Einrichtungen zu treffen, bei Erwägung der Frage, was zu Erreichung eines polizeilichen Zweckes nothwendig sei, weniger beschränkt, als wenn es darauf ankommt, im einzelnen Falle beschränkend einzuschreiten, da sie sich zugleich die Aufgabe zu stellen hat, den Verkehr thunlichst zu erleichtern, dafern nur der Vortheil,

welcher aus der beschränkenden Maßregel zu erwarten steht, als überwiegend sich darstellt. Bei Androhung von Strafen ist zu unterscheiden, ob es nur darauf ankommt, an sich unstatthafte Handlungen oder Unterlassungen nach Grundsätzen der Gerechtigkeit mit Strafen zu belegen, oder ob an sich statthafte Handlungen oder Unterlassungen zu Erreichung polizeilicher Zwecke verboten oder geboten werden sollen, indem letztern Falles der Grad der Strafe lediglich nach der Wichtigkeit dieses Zweckes zu bemessen ist.

2) Im einzelnen Falle ist, dafern eine allgemeine Norm vorhanden ist, nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit zu bemessen, ob und inwieweit diese anwendbar sei, und ist dabei zugleich in Frage, ob eine Maßregel, z. B. die Herstellung einer Straße, nothwendig sei, oder ob eine Voraussetzung, welche nur Gegenstand der administrativen Erwägung sein kann, z. B. ob Jemand der Versorgung bedürftig sei, Platz greife, so hat in dieser Beziehung das pflichtmäßige Ermessen einzutreten. Ist dagegen eine allgemeine Norm nicht vorhanden, so kann ein beschränkendes Verbot oder Gebot nur erlassen, eine Leistung nur gefordert werden, wenn dies zu Beseitigung eines unzweifelhaften polizeilichen Uebelstandes nach pflichtmäßigem Ermessen für nothwendig zu achten ist, oder eine Verpflichtung dazu sich aus einer bestehenden Einrichtung von selbst ergibt. Denn kann man auch der Staatsgewalt das Recht nicht absprechen, auch dem entgegen zu treten, was weniger unbedingt als ein solcher Uebelstand sich darstellt, oder in einen solchen übergehen kann, z. B. das Auswandern, der Gebrauch gefährlicher Feuerzeuge, so wird dies doch nur im Wege einer allgemeinen Vorschrift geschehen können. Aehnliches gilt von der Androhung und Zuerkennung von Strafen, welche nicht in einer allgemeinen Norm begründet sind. Sowie die Zuerkennung einer nicht ausdrücklich angedroheten Strafe eine an sich unbedingt für strafbar zu achtende Handlung oder Unterlassung voraussetzt, so kann die Androhung einer Strafe als Zwangsmittel nur erfolgen, wenn ein Verbot oder Gebot zu Beseitigung eines unzweifelhaften polizeilichen Uebelstandes zu erlassen, oder eine Handlung oder Unterlassung in Gemäßheit einer bestehenden Norm oder Einrichtung als unstatthaft zu betrachten, oder wenn in dieser Beziehung zu Erfüllung einer Verpflichtung anzuhalten ist. Ist endlich in Differenzen unter Betheiligten über das gegenseitige Verhältniß zu einer polizeilichen Verpflichtung, oder über die Frage, ob dem Antrage, einem Andern Etwas zu verbieten, statt zu geben, oder über die Weigerung, Etwas zu leisten, oder über einen sonstigen Anspruch zu entscheiden, so kann auch hier, in Ermangelung einer bestimmten Norm, nur die Frage maßgebend sein, ob es dabei gilt, einen polizeilichen Uebelstand zu beseitigen oder eine bestehende Einrichtung durchzuführen, und welche Ansprüche und Verpflichtungen hieraus sich ableiten lassen. Die Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und auf das Gemeinwohl an sich, und ohne daß einer dieser beiden Gesichtspunkte Platz greift, kann niemals den Grund

abgeben, eine Leistung oder Unterlassung von Staatsbürgern zu fordern.

3) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine dem Gegenstande nach dem Bereiche der Verwaltung angehörige Differenz zur Administrativjustizsache werden könne, ist zwar bereits in einem besonderen Artikel erörtert worden. Da sie aber, so weit es sich dabei um Polizeisachen handelt, auch hierher gehört und die Ansicht des Unterzeichneten eine abweichende ist, so mag diese hier wenigstens angedeutet werden. — Es liegt in der Sache, daß von einer Administrativjustizsache in jenem Sinne[17]) überhaupt nur die Rede sein kann, wenn eine Differenz zwischen mehreren Betheiligten lediglich nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit zu entscheiden, nicht auch dann, wenn zu ermessen ist, was nothwendig und zweckmäßig sei, und somit überhaupt nicht dann, wenn es darauf ankommt, daß die Polizei ihrer Pflicht, polizeiliche Uebelstände zu beseitigen, nachkomme, da in Fällen dieser Art nur insofern Grundsätze der Rechtmäßigkeit einschlagen, als zu untersuchen ist, ob anzunehmen sei, daß ein solcher Uebelstand vorliege, im übrigen aber zugleich zu ermessen ist, inwieweit es nöthig sei, einzuschreiten, und welches Mittel zweckmäßig sei, und da die Polizei, eben weil sie verpflichtet ist, den fraglichen Uebelstand im allgemeinen Interesse zu beseitigen, nicht dulden darf, daß Jemand als Partei sich einmische, oder eine Rechtskraft ihre Wirksamkeit lähme. Dieses Verhältniß ändert sich aber auch dann nicht wesentlich, wenn es sich darum handelt, polizeiliche Verbote oder Gebote oder sonst ertheilte Vorschriften geltend zu machen, und zu Regulirung des Verkehres getroffene Einrichtungen durchzuführen, da jene wie diese auf der Erwägung beruhen, daß sie zu Beseitigung polizeilicher Uebelstände nothwendig waren, und dieselben Rücksichten Platz greifen, wenn die zu diesem Zwecke gegebenen Normen anzuwenden sind, indem es dabei darauf ankommt, daß die Anwendung dem Zwecke entsprechend erfolgt, und daher um so mehr anzunehmen ist, daß dieselbe Gewalt, von welcher die Norm ausgegangen ist, auch eben so berechtigt als verpflichtet sein müsse, sie zu vollziehen, selbst wenn das Ermessen im voraus genau begrenzt ist. Dies ist aber oft nicht einmal der Fall, und überdies kommt es häufig vor, daß gleichzeitig in Bezug auf damit im Zusammenhange stehende, besondere Fragen Entschließung zu fassen ist, z. B. wenn in einer Differenz über die Heimathsangehörigkeit

---

17) Eine von der vorliegenden ganz verschiedene Frage ist die, ob es sich rechtfertigen lasse, den Verwaltungsbehörden die Entscheidung gewisser Streitigkeiten, welche rein privatrechtlicher Natur sind, zu überweisen, wie dies früher insbesondre in Frankreich und zum Theil auch in Deutschland der Fall war, z. B. Differenzen zwischen den fiscalischen Behörden und ihren Pächtern. Diese Sachen pflegen solchenfalls auch, und mit mehr Recht, als Administrativjustizsachen bezeichnet zu werden.

zugleich darüber zu recognosciren ist, ob das betreffende Individuum aus polizeilichen Gründen auszuweisen sei, oder ob eine Dispensation von der fraglichen Vorschrift eintreten könne. Es fragt sich daher nur, ob dann eine Ausnahme von jener Regel anzunehmen sei, oder wenigstens angenommen werden könne, wenn es bei der Anwendung gegebener Normen im allgemeinen Interesse nur darauf ankommt, daß diese zur Ausführung gelangen, nicht auch darauf, wie im einzelnen Falle entschieden wird, diese Entscheidung vielmehr lediglich nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit zu erfolgen hat. Dies ist mehr oder weniger der Fall, wenn darüber zu entscheiden ist, ob eine Strafe als verwirkt zu betrachten sei, wer von Mehreren eine Verbindlichkeit zu erfüllen habe, z. B. eine Straße herzustellen, ob das behauptete Recht, von einem Dritten eine Leistung zu fordern, z. B. die Ablieferung gefallenen Viehes zur Cavillerei, oder das Recht, einem Dritten Etwas zu verwehren, z. B. den Betrieb eines Gewerbes, begründet sei. Allein es ist hierbei zu berücksichtigen, daß ein Rechtsanspruch sich nur dann als begründet annehmen läßt, wenn einem Rechtssubjecte ein ausschließendes Recht eingeräumt ist, z. B. das Zunftzwangsrecht, nicht auch dann, wenn einem solchen ein Befugniß ertheilt ist, das ohne ausdrückliche Erlaubniß nicht ausgeübt werden darf, wie die auf Concession beruhenden Befugnisse, indem dann der ausschließende Character eines solchen Befugnisses nur die indirecte Folge des diesfalls bestehenden Grundsatzes ist; oder wenn ein Anspruch nur als der Gegensatz einer polizeilichen Verpflichtung erscheint, zu deren Erfüllung der Verpflichtete aus allgemeinen Gründen anzuhalten ist, indem dann die Verpflichtung als solche von Amtswegen geltend zu machen ist, oder wenn allgemeine Normen bestimmen, daß unter gewissen Voraussetzungen Etwas zu gestatten sei, z. B. den Innungsversammlungen beizuwohnen, oder zu gewähren, z. B. das Bürgerrecht, indem solchenfalls lediglich ein rein gesetzlicher Anspruch in Frage ist; oder wenn ein Anspruch darauf beruhet, daß eine allgemeine Vorschrift ein Verbot für Andere in sich schließt, z. B. die Bestimmung, daß auf dem Lande nur gewissen Handwerkern der Betrieb ihres Gewerbes unter gewissen Voraussetzungen gestattet sein soll; oder wenn der Anspruch darauf gestützt ist, daß Jemand ein ihm zustehendes Befugniß, z. B. das des Reihschankes überschritten habe, oder daß einem allgemeinen Verbote, z. B. des dem Hausirhandels, entgegen gehandelt worden sei, da in Fällen dieser Art von einem rechtlichen Anspruche, von einem Verhältnisse der Gegenseitigkeit, gar nicht die Rede sein kann, vielmehr allenthalben lediglich die Polizeigewalt als solche gegenübersteht, indem es nur darauf ankommt, daß diese die von ihr gegebenen Normen und getroffenen Einrichtungen geltend macht und aufrecht erhält. Aber auch bei den Ansprüchen, welche in gewisser Beziehung die Eigenschaft von Rechtsansprüchen haben, kommt in Betracht, daß sich dies, nach dem, was wir über das eigenthümliche Verhältniß von Rechten dieser Art im III. Abschnitt bemerkt haben, nicht unbedingt annehmen läßt,

daß es sich dabei stets um die Ausführung einer auf allgemeinen Rücksichten beruhenden Verwaltungsnorm handelt, und daß es sich auch in solchen Fällen zugleich fragt, ob nicht auch schon von Amtswegen zu untersagen sei, was einem solchen Anspruche entgegenläuft, z. B. der Betrieb eines zunftmäßigen Gewerbes ohne vorher erworbenes Meisterrecht. Und Aehnliches gilt auch von den Fällen, wo es sich um die Zuerkennung einer Strafe handelt, oder um die Entscheidung darüber, wer von Mehreren zu einer Leistung verpflichtet sei. Nicht nur daß dabei die Durchführung einer Verwaltungsmaßregel in Frage ist, es kommt auch oft zugleich das Maß der Verpflichtung in Betracht, dessen Bestimmung nur der Polizeibehörde anheimfallen kann. Hieraus ergiebt sich, daß sich ein, auf einem durchgreifenden Principe beruhendes, abgeschlossenes Gebiet für die Administrativjustiz nicht gewinnen läßt, da sowohl in den Fällen, welche allein dahin gerechnet werden könnten, als sonst insofern gleiche Grundsätze zu befolgen sind, als in beiderlei Fällen gegebene Normen nach Gründen der Rechtmäßigkeit oder Gesetzmäßigkeit anzuwenden sind, und das Verhältniß der Staats- und obrigkeitlichen Gewalt im wesentlichen ein Gleiches ist. Ueberdies läßt sich aber auch nicht annehmen, daß ein wirkliches Parteienverhältniß vorliege, wenn es sich fragt, wer von Mehreren der Verpflichtete sei, da solchenfalls keine einem Rechte gegenüberstehende Verpflichtung geltend gemacht wird, und selbst da, wo ein Recht in Frage ist, waltet keine bestimmte rechtliche Beziehung zwischen diesem und dem Gegenüberstehenden ob. Offenbar fehlt es daher an einem wissenschaftlich sich rechtfertigenden Grunde, eine gewisse Kategorie von Polizeisachen als Administrativjustizsachen anzusehen und nach besonderen Grundsätzen zu behandeln, und noch weniger würde es sich rechtfertigen lassen, die Entscheidung solcher Sachen der Justiz zu überlassen. Die Trennung der Verwaltung von der Justiz hat auf die innerhalb des Bereiches der Verwaltung vorkommenden an sich und dem Gegenstande nach diesem angehörigen Sachen gar keinen Bezug, sondern hat es nur damit zu thun, den Verwaltungsbehörden die Entscheidung von Streitigkeiten über privatrechtliche Verhältnisse zu entziehen, und geht man darauf aus, der Justiz eine Controle darüber einzuräumen, ob die Verwaltungsbehörden in den an sich zu ihrer Competenz gehörigen Sachen legal verfahren sind, so beruhet dies auf einem gänzlichen Verkennen der wahren Stellung der Verwaltungsbehörden und der diesen obliegenden Pflichten, bei deren Ausübung davon, daß sie, wie nicht selten behauptet worden ist, Richter in eigener Sache seien, nicht die Rede sein kann [18].

---

18) Vergl. die Schrift des Unterzeichneten: Die Verwaltung in ihrem Verhältniß zur Justiz, die Grenzlinie zwischen beiden und die Administrativjustiz (Zwickau 1838), in welcher sich die in dieser Beziehung herrschenden Hauptansichten zusammengestellt finden.

VII. Endlich bedürfen annoch die Fragen einer Erörterung: welche Mittel der Polizei zu Gebote stehen, inwiefern die Unterbehörden gewissen Beschränkungen unterworfen sind, und ob und in welcher Beziehung die Polizei in verschiedene Zweige zerfällt.

1) Die Mittel, deren sich die Polizei zu bedienen hat, kommen hier nur insoweit in Betracht, als es sich dabei um Beschränkungen und Zwang handelt, und es wird um so mehr genügen, die in dieser Beziehung zu befolgenden Grundsätze im allgemeinen anzudeuten, als diese zu erheblichen Zweifeln keinen Anlaß bieten[19]. — Es liegt in der Sache, daß die Polizeigewalt befugt sein muß, nicht nur zu Beseitigung von nicht zu duldenden Uebelständen, Handlungen und Unterlassungen bei Strafe zu verbieten und beziehentlich zu gebieten, und im Falle des Ungehorsams diese Strafen zu vollstrecken und zu erhöhen, sondern auch nach ihrem Ermessen andere Zwangsmittel anzuwenden, und namentlich direct zum Gehorsam anzuhalten oder auch die unterlassene Handlung auf Kosten des Säumigen verrichten zu lassen. Dasselbe gilt, wenn es sich um vorbeugende Maßregeln handelt, in Bezug auf welche insbesondre diejenigen in Betracht zu ziehen sind, welche zu Verhütung von Rechtsverletzungen den freien Willen in gewissen Fällen und in gewisser Richtung beschränken, um unmittelbar die Vollziehung gewisser Handlungen zu verhindern. Die Maßregeln dieser Gattung sind theils collectiver Art, insofern sie die ganze Masse der möglicher Weise Uebelgesinnten nach gewissen Kategorien beschränken, theils gegen bestimmte Personen gerichtet. Jene setzen voraus, daß hinreichender Grund zur Wahrscheinlichkeit eines unrechtlichen Willens der ganzen Masse oder wenigstens einer überwiegenden Mehrzahl derselben vorhanden sei, und es sind dahin z. B. zu rechnen: die Nöthigung, den Zweck einer geschlossenen Gesellschaft anzugeben, das Verbot des unmotivirten Besitzes von Waffen, die Entfernung der Fremden, die Untersuchung verdächtiger Häuser. Zu den persönlichen Maßregeln gehören a) die Sicherheitsleistung für das Versprechen, eine gewisse Handlung unterlassen zu wollen. Dieses Mittel rechtfertigt sich dadurch, daß Verdacht vorhanden ist, es wolle das betreffende Individuum die Verpflichtung, etwas zu unterlassen, verletzen; es setzt aber dessen Anwendung voraus, einerseits daß das zu schützende Recht wenigstens nicht von unersetzlichem Werthe ist, andererseits, daß nicht zu befürchten ist, es werde das Versprechen nicht gehalten werden. Soll die Sicherheitsleistung in eidlicher Bestärkung bestehen, so ist vorauszusetzen einestheils, geringer materieller Reiz zur Ausführung der Rechtsverletzung, unbedeutender Werth des bedroheten Rechtes, und Geringfügigkeit des Vortheiles gegen die zu erwarten habende Strafe des Meineides, anderentheils unangefochtene Ehre und Sittlichkeit. Die

19) Vergl. v. Mohl's Polizei-Wissenschaft Bd. 3. (System der Präventivjustiz 2. Aufl. S. 438 ff.) und Zimmermann's moderne Polizei S. 35 ff.

Cautionsleistung ist insbesondre anwendbar, wenn durch den zu verhindernden Plan ein materieller Vortheil bezweckt wird, dem dann die Höhe der Caution entsprechen muß; b) die Beschränkung der persönlichen Freiheit Verdächtiger. Als Mittel dieser Art sind zu betrachten: die Confination, welche insbesondre gegen Arbeitsscheue und solche Individuen anwendbar ist, die fortwährend zu Beeinträchtigung Anderer geneigt sind und nur durch strenge Aufsicht und Entfernthalten von Genossen davon abgehalten werden können; die Verweisung aus bestimmten Oertlichkeiten, insbesondre um die betreffenden Individuen von bedroheten oder zu Widerrechtlichkeiten benutzten Personen oder Gegenständen zu entfernen, wenn entweder die Gefahr zu groß ist, als daß Cautionsleistung angenommen werden könnte, oder diese nicht gewährt werden kann, und wenn bei Inländern dafür gesorgt ist, daß sie an einem andern Orte aufgenommen werden; die Verhaftung solcher Individuen, von welchen anzunehmen ist, daß sie wahrscheinlich im Begriffe stehen, ihre Freiheit zu Rechtsverletzungen zu mißbrauchen, auf so lange, als diese Gefahr dauert, wenn die Verhaftung wenigstens das sicherste Vorbeugungsmittel bietet und das Mittel zu dem zu verhindernden Vergehen nicht im Mißverhältnisse steht; c) die Haussuchung und Beschlagnahme von Papieren, welche voraussetzt, daß die zu verhindernde und durch die Papiere aufzuklärende Rechtsverletzung wahrscheinlich ist und der darin liegende Eingriff in das Privatrecht nicht im Mißverhältnisse zu dieser steht, da der Staatsbürger ein Recht auf die Bewahrung seiner Geheimnisse hat, insofern sie nicht mit einem Verbrechen in Verbindung stehen; d) die Beschlagnahme leicht zu mißbrauchender Gegenstände, welche sich von selbst rechtfertigt bei Gegenständen, welche nur zu Verbrechen dienlich sind, wenn nicht der an sich unverdächtige Besitzer den rechtmäßigen Erwerb und unschuldigen Zweck des Besitzes nachweist, wogegen außerdem die Beschlagnahme nur erfolgen kann, wenn überwiegender Verdacht vorliegt, daß der fragliche Gegenstand als Werkzeug zu Verbrechen dienen soll.

2) Die Localpolizeibehörden sind in den Fällen, in welchen sie nach den aufgestellten Grundsätzen im einzelnen Falle zu Abwendung und Beseitigung polizeilicher Uebelstände, oder zu Unterdrückung der in Folge bestehender Einrichtungen für unstatthaft zu achtenden Handlungen oder Unterlassungen, einzuschreiten berechtigt und verpflichtet sind, auch im allgemeinen regulirende Vorschriften zu diesem Zwecke zu ertheilen und Strafen anzudrohen, als ermächtigt anzusehen, wenn besondere locale Verhältnisse eine solche Regulirung nöthig machen. Dies ist aber nicht nur dann der Fall, wenn besondere Umstände, z. B. der Ausbruch ansteckender Krankheiten, Vorkehrungen erheischen oder wenn Oertlichkeiten Veranlassung zu Verunglückungen geben können, sondern auch insofern, als Gefährdungen, Verletzungen der Sinne und sonstige Belästigungen sich nach Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse in einem

wesentlich verschiedenen Lichte darstellen, und demnach entsprechende besondere Maßregeln erfordern, z. B. wenn es darauf ankommt, das Schankwesen zu reguliren, den Verkehr der Fremden zu controliren, für die Erleichterung des Verkehres zu sorgen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß sich die Localpolizeibehörden in Bezug auf das Maß der anzudrohenden Strafen nach den hierunter bestehenden allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen zu achten haben, und überhaupt der Oberaufsicht der höhern Behörden unterworfen bleiben. Auch ist juristische Befähigung vorauszusetzen, wenn es darauf ankommt, nach Grundsätzen der Rechtmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit zu entscheiden und Strafen anzudrohen und zuzuerkennen, und dies selbst dann, wenn diese bloße Zwangsmittel sind, da auch solchenfalls zu erwägen ist bei deren Androhung, ob diese zulässig, und welches Strafmaß das entsprechende sei, bei deren Zuerkennung, ob der Schuldige zurechnungsfähig sei, und ob das betreffende Verbot oder Gebot auf den vorliegenden Fall Anwendung leide. Dagegen kann es für statthaft erachtet werden, auch einer nicht juristisch befähigten Behörde die Erhebung von Strafen zu überlassen, wenn gewisse Handlungen oder Unterlassungen damit bedrohet sind, und kein Widerspruch erhoben wird, somit eine Zuerkennung derselben nicht erforderlich ist. Auch läßt sich eine Ausnahme von jener Regel in den Fällen für zulässig erachten, wenn es sich lediglich darum handelt, seiten der Behörde als solcher Gehorsam zu erzwingen.

3) Man pflegt die Polizei in die Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei abzutheilen. Allein nicht nur, daß diese Abtheilung mit dem aus ihrem Zwecke abzuleitenden Begriffe der Polizei insofern nicht im Einklange steht, als die Förderung der Wohlfahrt nicht ihre Aufgabe, die polizeiliche Thätigkeit vielmehr wesentlich auf die Beseitigung von Uebelständen gerichtet ist, welche sich weder der einen noch der andern Kategorie zutheilen lassen: es gewährt auch die Rücksicht der Sicherheit kein Anhalten zu einer bestimmten Abgrenzung. Denn will man die Sicherheit der Person und des Eigenthums im allgemeinen als maßgebend betrachten, so muß die Sicherheitspolizei nicht nur alle die Maßregeln umfassen, welche zu Verhütung von Rechtsverletzungen dienen, sondern auch die Vorkehrungen zu Verhütung sonstiger Verletzungen und Gefährdungen der Person und des Eigenthums. Soll sie — als Rechtspolizei — die Verhütung der Rechtsverletzungen im allgemeinen bezwecken; so müssen ihr auch alle Maßregeln gegen bloße Gefährdungen überlassen werden, weil sie in culpose Rechtsverletzungen übergehen und die Veranlassung zu absichtlichen Rechtsvergehen werden können, z. B. die Sorge für die sichere Aufbewahrung von Giften, und müssen von ihr auch die Regulirungen ausgehen, welche die Abwendung civilrechtlicher Verletzungen bezwecken. Soll daher die Sicherheitspolizei aus Gründen der Zweckmäßigkeit als ein für sich bestehender Zweig der Polizei einer besonderen Behörde überwiesen werden, so wird man genau

zu bestimmen haben, inwieweit ihr — außer dem, was zu Verhütung von gewaltsamen Rechtsverletzungen als erforderlich sich darstellt — die Abwendung culposer Rechtsverletzungen und die Bestrafung von an sich schon strafbaren Handlungen und Unterlassungen obliegen soll.

Funke.

Possessorium bezeichnet sowohl die possessorischen Rechtsmittel, als den Streit über den Besitz, den Besitzproceß. Es wird dem Petitorium, dem Streite über das Recht selbst, entgegengesetzt. Gegenstand des Possessoriums ist nur der Besitz körperlicher Sachen oder der Quasibesitz dinglicher Rechte, Gegenstand des Petitoriums im Gegensatz zum Possessorium ein dingliches Recht selbst [1]). Nur über den Besitz selbst und die daraus entspringenden Vortheile (ius possessionis) wird im Possessorium verhandelt, nicht über das Recht zu besitzen (ius possidendi) [2]). Der Kreis derjenigen dinglichen Rechte, deren Quasibesitz Gegenstand des Possessoriums sein kann, war im römischen Rechte weit beschränkter als im heutigen. Im römischen Rechte wurde nur bei Servituten und bei der superficies der Quasibesitz durch Interdicte geschützt. Nach canonischem und teutschem Rechte aber wird ein Quasibesitz durch die Ausübung aller Rechte begründet, an welchen nach den Grundsätzen des älteren Rechtes eine rechte Gewere stattfand, oder welche, wie man sich jetzt ausdrückt, auf Grund und Boden radicirt sind. Dazu gehören nicht blos die Rechte, bei denen ein einzelnes Grundstück als verpflichtetes Subject erscheint, sondern auch diejenigen, welche sich auf einen ganzen Bezirk, auf ein ganzes Territorium erstrecken, und daher gegen jeden Bewohner desselben verfolgt werden können [3]). Der Quasibesitz auch dieser Befugnisse wird durch possessorische Rechtsmittel geschützt. Die im römischen Rechte begründeten Rechtsmittel, welche den Besitz betreffen, sind die interdicta adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis. Von diesen werden nach der herrschenden

1) L. 1. §. 2. D. (43. 17.) Tit. X. de causa poss. et propriet. (2. 12.)

2) Savigny, Recht des Besitzes §. 36.

3) Dunker, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. II, S. 50 f. Das allgemeine Merkmal, woran man diese Rechte erkennt, ist deren Fähigkeit, zu Lehn gegeben zu werden. Denn nach II. F. 1. §. 1 können nur unbewegliche Sachen und solche, welche dazu gehören, zu Lehn gegeben werden. Dasselbe enthält das teutsche Recht, nach welchem ein eigentliches Lehn nur an solchen Sachen bestellt werden kann, an welchen eine rechte Gewere stattfindet. Daher ist bei allen nach älterem Rechte der Infeudation fähigen Rechten deren Radicirung auf Grund und Boden anzunehmen. Daß das canonische den Quasibesitz auch bei kirchlichen Befugnissen, wie Diöcesan- und Parochialrecht, Besetzung geistlicher Pfründen, Patronatrecht u. s. w. zuließ, hatte darin seinen Grund, daß die Staatsgewalt im ganzen sowohl als die einzelnen Hoheitsrechte von jeher in Teutschland als lehnfähiges Object betrachtet wurden und daher die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf die Kirchengewalt und deren einzelne Befugnisse nicht fern lag, besonders da die Kaiser gleich Grafschaften und Herzogthümern auch Abteien und Bisthümer zu Lehn gaben. Dunker a. a. O. S. 51.

Ansicht die interdicta retinendae und recuperandae possessionis in der neueren Kunstsprache als possessorische Interdicte bezeichnet, weil sie allein auf dem juristischen Besitze beruhen, Folgen des gehabten oder noch zustehenden Besitzes sind [4]). Inwiefern interdicta adipiscendae possessionis als possessorische Rechtsmittel betrachtet werden können, ist bestritten [5]). Die Praxis hat von jeher die Ansicht festgehalten, daß diese Interdicte immer nur ein Provisorium hinsichtlich des Besitzes begründen, wodurch der Entscheidung über das Recht selbst nur präjudicirt wird, und diese Ansicht ist, nachdem die neuesten Untersuchungen über das interdictum quorum bonorum im ganzen auch für das justinianeische Recht solche als richtig bestätigt haben, auch für die anderen Interdicte zur Erlangung des Besitzes nicht aufzugeben. Mit Rücksicht auf die römische Eintheilung in interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis werden in der jetzigen Doctrin der Besitzrechtsmittel (remedia possessoria) ebenfalls in remedia adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis eingetheilt, je nachdem ihr Zweck Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes, oder Schutz eines blos gestörten nicht entzogenen Besitzes, oder Wiedererlangung eines gehabten aber entzogenen Besitzes ist. Die remedia adipiscendae possessionis sind die im justinianeischen Rechte begründeten interdicta adipiscendae possessionis, zu denen noch das remedium c. x. L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (6. 33) welches kein Interdict, sondern eine missio in possessionem ist, hinzutritt, weil es mit dem interdictum quorum bonorum gleichen Zweck verfolgt; sie gehen auf Erlangung des Besitzes körperlicher Sachen. Die remedia retinendae und recuperandae possessionis beziehen sich dagegen nicht blos auf den Besitz körperlicher Sachen, sondern auch auf den Quasibesitz von dinglichen Befugnissen. Als Rechtsmittel der letzteren Art erscheinen im heutigen Rechte nicht die römischen interdicta retinendae und recuperandae possessionis und eben so wenig die für einzelne Servituten eingeführte Interdicte, sondern anders benannte Rechtsmittel, welche zwar in der Hauptsache auf römischen Interdicten beruhen, jedoch im canonischen Rechte, der Reichsgesetzgebung und in der Doctrin und in der Praxis begründete Modificationen der römischen Interdicte enthalten. Die remedia retinendae possessionis zum Schutz des Besitzes und Quasibesitzes sind das possessorium ordinarium und summa-

---

4) Heimbach jun. im Rechtslexicon Bd. V, S. 531.

5) Es kommt darauf an, in welchem Sinne man den Ausdruck possessorische Rechtsmittel nimmt, ob für Rechtsmittel, welche Folgen des juristischen Besitzes sind, oder für solche, deren Gegenstand der Besitz überhaupt, mithin auch dessen Erlangung ist. Im letztern Sinne sind auch diese Interdicte possessorisch; denn entschieden handelt es sich bei einigen derselben nur um das vorzüglichere Recht auf den Besitz, welches von dem Rechte an dem Streitgegenstand selbst unterschieden ist; bei anderen ist bekanntlich die Frage, ob sie nicht wirklich petitorischer Natur sind, sehr bestritten, wie bei dem interdictum quorum bonorum, Salvianum.

rium, beide auf dem interdictum uti possidetis beruhend; remedium recuperandae possessionis ist das remedium spolii, ein modificirtes interdictum unde vi. Die Besitzrechtsmittel stimmen alle darin überein, daß sie im Verhältnisse zum Streite über das Recht selbst immer nur die Herstellung eines provisorischen Zustandes bezwecken, welcher aufhört, wenn über das Recht selbst eine rechtskräftige Entscheidung gefällt und vollstreckt wird. Dies berechtigt aber nicht dazu, das Verfahren in Besitzstreitigkeiten überhaupt für ein summarisches zu halten[6]). Auf den römischen Interdictenproceß kann man sich deshalb nicht berufen. Der Interdictenproceß war weder zur Zeit des Bestehens des Formularprocesses, wenn sich der Beklagte dem Befehl des Prätor nicht fügte, noch nachher ein summarischer und von dem Actionenproceß im wesentlichen verschiedener, und das Verfahren bei Interdicten nach Abschaffung des Formularprocesses war auch nach den erhaltenen Notizen kein von dem bei anderen Rechtsmitteln verschiedenes[7]). Die Aeußerungen in kaiserlichen Constitutionen, welche Beschleunigung bei einzelnen Interdicten anempfehlen, ingleichen besondere Bestimmungen über Unstatthaftigkeit der Appellation oder wenigstens Versagung des Suspensiveffectes bei einzelnen Interdicten berechtigen nicht zur Annahme eines summarischen Verfahrens überhaupt. Wohl aber sind solche mit Grund dazu gewesen, daß seit den Glossatoren sich die in der Praxis herrschende Ansicht für summarische Verhandlung der Interdicte, namentlich der possessorischen, ausgesprochen hat. Es liegt aber insofern ein Irrthum zum Grunde, als die bei einzelnen Interdicten besonders anbefohlene Beschleunigung, welche in deren Zweck zur Herstellung eines provisorischen Zustandes ihren Grund haben, auf alle Interdicte bezogen worden sind und als man unseren heutigen summarischen Proceß mit dieser s. g. Summarietät einzelner Interdicte identificirt hat, während doch beides genau von einander zu unterscheiden ist[8]). Für das bestehende Recht läßt sich nur Folgendes annehmen. Bei dem possessorium summarium ist durch dessen Zweck und Natur summarische d. h. von den Förmlichkeiten des ordentlichen Processes, mit Ausnahme der wesentlichen Bestandtheile jedes rechtlichen Verfahrens, entbundene Procedur unbedingt gerechtfertigt. Eben so rechtfertigt bei Spoliensachen die geschehene Eigenmacht und die Nothwendigkeit schleuniger Rechtshilfe dagegen deren summarische Behandlung und solche ist in der Reichsgesetzgebung angeordnet[9]). Für absolut gebietend ist aber in dieser Beziehung die

---

6) Summarisches Verfahren für alle Besitzstreitigkeiten behauptet Bayer summ. Processe §. 63. Grolman, Civilproc. §. 238. Schmid, Hdbch. des gem. teutschen Civilproc. §. 191.

7) Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. Ref. Bd. VI, S. 258, 272.

8) Leist, bonorum possessio. Bd. II, Abth. 2. S. 185 ff. 193 f.

9) Kammergerichtsordnung von 1555 Th. II, Tit. 8, §. 6 bezieht sich auf Spoliensachen der Reichsstände untereinander und bestimmt, daß die Austrägalrichter in gemeinen Spoliensachen (so nicht mit gewaltiger That, sondern nur

Reichsgesetzgebung nicht geachtet worden[10]). Die in der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin herrschende Meinung ist aber für summarische Verhandlung der Spoliensachen[11]). Für das possessorium ordinarium ist die Annahme des summarischen Verfahrens als absolut geboten am wenigsten zu rechtfertigen und es kann nur von den Anträgen des Klägers abhängen, ob Mandatsproceß, wenn dessen Bedingungen vorliegen, unbestimmter summarischer Proceß oder ordentlicher Proceß stattfindet[12]).

A. Besitzrechtsmittel. AA. Voraussetzungen im allgemeinen. I. Gegenstand. Der Besitz oder Quasibesitz hat die Vermuthung der Rechtmäßigkeit für sich und wird deshalb vom Staate gegen Verletzungen geschützt[13]). An Sachen und Rechten, welche dem Privatverkehre völlig entzogen sind, kann kein Besitz oder Quasibesitz erlangt werden, mithin auch kein Schutz desselben stattfinden. Dies gilt namentlich von wesentlichen Hoheitsrechten, wogegen niedere Regalien, welche auf Privatpersonen übergehen können, Besitz und Besitzrechtsmittel zulassen, wenigstens unter Privaten; ob dem Fiscus gegenüber, ist bestritten[14]).

---

wider Recht geschehen) summarie procediren sollen. Nach §. 15 sollen solche gemeine Spoliensachen zwischen Unterthanen desselben Reichsstandes oder verschiedener Reichsstände vor den ordentlichen Gerichten „wie sich von Rechtswegen gebühret" erörtert und ausgetragen werden.

10) Daher wird im Königreiche Sachsen und in anderen Ländern sächsischen Rechtes, wenn nicht Landesgesetze ausdrücklich summarisches Verfahren anordnen, in Spoliensachen bei angestellter Spolienklage nach den Regeln des ordentlichen Processes verfahren. Osterloh, summ. bürg. Proc. nach königl. sächs. Rechte §. 69. Kori, sächs. summ. bürg. Proc. §. 134. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürg. Proc. Bd. 2, §. 172. Der entferntere Grund davon liegt darin, daß überhaupt der sächsische Proceß sich selbstständig entwickelt und selbst auf die Reichsgesetzgebung Einfluß geübt hat; der nähere Grund ist, daß Const. elect. 6. p. II. und die alte kursächs. P. O. v. 1622 §. 5 nur der exceptio spolii bei Gelegenheit des ordentlichen Processes Erwähnung thun, wie auch spätere Proceßgesetze der Länder sächsischen Rechtes, im übrigen aber von den Spoliensachen schweigen.

11) Martin, Civilproc. §. 258. Linde, Civilproc. §. 345. Bayer, summ. Proc. §. 64. Schmid, Hdbch. des Civilproc. §. 194.

12) Linde a. a. O. §. 343. Die Meinung von Grolman a. a. O. §. 238. Daß der Wahl des ordentlichen Processes von Seiten des Klägers ungeachtet nur summarisch verfahren werden dürfe, wird selbst von denen gemißbilligt, welche regelmäßig summarische Procedur eingeschlagen wissen wollen. Schmid a. a. O. §. 192 not. 20.

13) §. 4. Inst. (4. 15.) L. 128. D. (50. 17.) L. 28. C. (3. 32.) L. 2. C. (4. 19.) Die Rechtsbücher des Mittelalters sprachen dasselbe hinsichtlich der Gewere aus. Sächs. Landr. Bd. 2, Art. 18. 24. 36. 42. 43. 70.

14) Es kann dies nur von der jetzigen Zeit, wo in Teutschland nur souveraine Staaten vorhanden sind, verstanden werden. Zu den Zeiten des Reiches, wo neben der Gewalt von Kaiser und Reich die untergeordnete Landeshoheit der Reichsstände vorkam, konnten zwischen Reichsständen selbst höhere Regalien Ge-

An den s. g. res communes ist kein Besitz denkbar. Gegen absolut verbietende Gesetze, gegen allgemeine Verbindlichkeiten, von denen das Gesetz jede Befreiung ausschließt, kann man sich nicht auf Besitz berufen, auch nicht gegen res merae facultatis, außer wenn ein Prohibitivact erfolgt ist und der Gegner sich dabei beruhigt hat.

II. Verletzung des Besitzes. Diese ist entweder bloße Störung, wodurch der Besitz nicht aufgehoben wird, oder Entsetzung aus dem Besitze oder Quasibesitze. Ob Störung oder Besitzentsetzung vorliege, ist nach den Grundsätzen vom Verluste des Besitzes zu beurtheilen. Hinsichtlich des Quasibesitzes ist diese Frage bei den Servituten mit Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen affirmativen und negativen dinglichen Rechten zu beurtheilen. Bei den teutschrechtlichen Instituten ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Besitz der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung verloren gehe, sehr bestritten[15]). Es gehört dazu, der richtigen Ansicht zufolge, die Verweigerung der Leistung von seiten des Besitzers des belasteten Grundstückes, da hierdurch erst die Reproduction des factischen Verhältnisses unmöglich wird; die bloße Nichtleistung ist für den Besitz des Rechtes unerheblich und bewirkt nicht einmal Besitzstörung. Nur bei Frohnen ist man darin einverstanden, daß deren Nichtleistung zum Verluste des Quasibesitzes nicht allein genüge, da sie vor der Leistung regelmäßig angesagt werden müssen, in der Nichtleistung angesagter Dienste aber zugleich eine Verweigerung der Leistung liege[16]). Zum Schutz des blos gestörten, nicht entzogenen Besitzes oder Quasibesitzes dienen die remedia retinendae possessionis, zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes die remedia recuperandae possessionis. Bei den remedia adipiscendae possessionis handelt es sich nicht von einer Verletzung des gehabten Besitzes und sie werden daher von Vielen zu den eigentlichen Besitzrechtsmitteln nicht gerechnet, sind aber schon deshalb, weil die Römer zwischen interdicta adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis unterschieden, und die interdicta adipiscendae possessionis schon wegen der in der Praxis beruhenden Modificationen des römischen Rechtes erwähnt werden müssen, hier mit durchzugehen.

---

genstand des Besitzes und der Besitzrechtsmittel sein, weil im Verhältnisse zu Kaiser und Reich die Reichsstände ebenfalls als Private galten und Hoheitsrechte selbst höhere Gegenstand der Infeudation waren. Heerwart, im Archiv f. Civilr. und Proc. Bd. XII, S. 295 ff. läßt gegen den Fiscus wegen niederer Regalien das poss. summarium zu. Allein dieses und das ordinarium sind nicht zuzulassen, weil kein anderer Besitzstand gegen den Fiscus Schutz findet, als unvordenklicher.

15) Siehe Dunker a. a. O. S. 78 f. Nach einer Ansicht genügt zum Verluste des Besitzes schon die Unterlassung der Leistung zur gehörigen Zeit; nach einer anderen gehört dazu die Weigerung des Besitzers des belasteten Grundstückes; nach einer dritten muß zu der Weigerung die Beruhigung des bisherigen Empfängers der Leistung hinzukommen.

16) Dunker a. a. O. S. 84.

BB. Insbesondre. I. Rechtsmittel zum Schutz des blos gestörten Besitzes. 1) Possessorium ordinarium. Das römische Recht hatte zum Schutze des blos gestörten nicht entzogenen Besitzes körperlicher Sachen die interdicta retinendae possessionis, das interdictum uti possidetis und das interdictum utrubi, ersteres bei unbeweglichen, letzteres bei beweglichen Sachen. Beide Interdicte sind im justinianeischen Rechte völlig gleichgestellt[17]). Dieselben Interdicte dienten zum Schutz des Quasibesitzes der persönlichen Servituten[18]). Zu demselben Zwecke waren bei mehreren Prädialservituten, namentlich bei gewissen iura praediorum rusticorum besondere Interdicte eingeführt, de itinere actuque privato, de itinere actuque privato reficiendo, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte, de cloacis; ob für die übrigen Prädialservituten das interdictum uti possidetis stattfand, oder nur bei den iura praediorum urbanorum, oder ob gar kein Schutz des Quasibesitzes durch Interdicte gewährt wurde, ist bestritten[19]); für die superficies gab es ein besonderes interdictum de superficiebus[20]). Im canonischen Rechte wird das interdictum uti possidetis als noch giltiges Rechtsmittel vorausgesetzt[21]); es wird aber in dem in der fraglichen Stelle behandelten Falle, wo jede Partei Ausübung von Besitzhandlungen während einer Reihe von Jahren von der Störung zurückgerechnet durch Zeugen dargethan hatte und ungewiß war, auf welcher Seite der gegenwärtige fehlerfreie Besitz war, vom Pabst Innocenz III. derjenigen Partei der Besitz zuerkannt, welche sich schon 60 Jahre im Besitze befand und einen Rechtstitel für ihren Besitz angegeben hatte, während die andere Partei nur einen Besitz von 50 Jahren und keinen Rechtstitel desselben nachweisen konnte, welche Entscheidung auf die Vermuthung gestützt wurde, daß der jüngere nicht titulirte Besitz im Verhältnisse zu dem älteren titulirten Besitze fehlerhaft sei[22]). Durch die ältere Doctrin und Praxis hat sich auf dem Grunde dieser Entscheidung, in welcher man eine viel weiter, als dabei ursprünglich beabsichtigt wurde, gehende Modification des römischen Rechtes zu erblicken glaubte, als remedium retinendae possessionis das possessorium ordinarium gebildet, welches als ein neues zwischen Possessorium und Petitorium mitten inne liegendes Rechtsmittel betrachtet wurde, als dessen

---

17) §. 4. Inst. (4. 15.) Das interdictum utrubi ist dem interdictum uti possidetis gleichgestellt. Ueber ersteres Interdict nach älterem Rechte siehe Gaj. Inst. Comm. IV. §. 151. 152.

18) Savigny, Recht des Besitzes §. 45.

19) Ersteres nehmen an Thibaut im Arch. f. civil. Prax. Bd. I, S. 111. Das zweite Savigny a. a. O. §. 47. Das dritte Sintenis gem. Civilr. Bd. I, S. 595.

20) Savigny a. a. O. §. 47. Ueber alle diese Interdicte s. Heimbach jun. im Rechtslexikon Bd. V. Interdicte.

21) Cap. 9. X. (2. 19.)

22) Savigny a. a. O. §. 51.

Eigenthümlichkeiten galten, daß es dabei auf das Alter und die Rechtmäßigkeit des Besitzes ankomme und daß der Besitz längere als einjährige Dauer haben müsse[23]). Die Unrichtigkeit dieser älteren Ansicht wird jetzt allgemein anerkannt. Das possessorium ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis und führt seinen Namen nur deshalb, weil es dem possessorium summarium entgegengesetzt wird. Es sind daher die Grundsätze des Interdictes[24]) darauf anzuwenden. Die Voraussetzungen sind dieselben, sowie die Einreden, namentlich die des fehlerhaften Besitzes; auch ist die Duplicität des Interdictes festzuhalten. Alter und Titel des Besitzes sind an sich unerheblich. Nur in dem Falle, wenn von beiden Streittheilen so viele Besitzhandlungen aus der Zeit vor der Störuug für sich angezogen und bewiesen werden, daß es ungewiß ist, welcher Theil den gegenwärtigen und fehlerfreien Besitz hat, wird für den Theil entschieden, der den längeren und titulirten Besitz erwiesen hat, indem die Besitzhandlungen dessen, welcher einen jüngeren oder nicht titulirten Besitz für sich hat, als unrechtmäßige Störungen des titulirten oder früher angefangenen Besitzes betrachtet werden. Dies ist die einzige durch das canonische Recht[25]) herbeigeführte Modification des Interdictes. Dagegen steht in der Praxis, so bestritten auch die Anwendung des gedachten Interdictes zum Schutze des Quasibesitzes derjenigen Prädialservituten, für welche besondere Interdicte im römischen Rechte nicht gegeben sind, in der Theorie sein mag, die Anwendung des Interdictes unter der Form des possessorium ordinarium und summarium auf alle Servituten fest[26]), was man als gewohnheitsrechtliche Modification des römischen Rechtes aufzufassen berechtigt ist. Auch für diejenigen Prädialservituten, wegen welcher das römische Recht besondere Interdicte verstattet, finden in der heutigen Praxis zum Schutze des Quasibesitzes das possessorium ordinarium und summarium statt; ob aber dabei die besonderen Voraussetzungen dieser Interdicte in Betracht kommen, ist zweifelhaft, jedoch mehr zu verneinen[27]). Bei den teutsch-

---

23) Schmid, Hdbch. des gem. teutsch. Civilproc. §. 192.

24) Ueber das interdictum uti possidetis s. Heimbach jun. im Rechtslexikon Bd. V, S. 627—633.

25) Cap. 9. X. (2. 19.)

26) Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I, S. 596. Anm. Selbst Savigny, Recht des Besitzes S. 631. 6. Ausg., giebt als unzweifelhaft bestehendes practisches Recht zu, daß der Quasibesitz jetzt bei allen Servituten geschützt wird, und betrachtet als Mittel dieses Schutzes die s. g. Spolienklage, wobei er davon ausgeht, daß, obwohl diese eigentlich recuperandae possessionis sei, doch bei diesen Rechten sich Besitzstörung und Besitzentsetzung nicht so scheiden ließen, wie bei dem Eigenthum und den persönlichen Servituten. Dies könnte aber höchstens nur dazu führen, eine Concurrenz des poss. ordinarium und summarium mit der Spolienklage zuzulassen, nicht aber letztere allein als Besitzrechtsmittel zu bezeichnen.

27) Sintenis a. a. O. ist für die fernere Anwendbarkeit der Voraussetzungen dieser Interdicte bei der allgemeinen Quasibesitzklage. Die Praxis ist

rechtlichen Instituten wird Schutz des blos gestörten Quasibesitzes der Berechtigung durch das possessorium ordinarium und summarium gewährt[28]). Dieselben Rechtsmittel dienen zum Schutze des Quasibesitzes der natürlichen Freiheit von Beschränkungen des Eigenthums durch Servituten und Reallasten[29]).

Das Verfahren bei dem possessorium ordinarium ist nicht unbedingt und nothwendig summarisch. Die herrschende Ansicht ist zwar dafür, dieselbe beruht aber auf dem seit den Glossatoren fortgepflanzten Irrthume, daß der römische Interdictenproceß ein summarischer gewesen sei, was nur in Aeußerungen der römischen Rechtsquellen über Beschleunigung in Bezug auf einzelne Interdicte seinen Grund hat, am wenigsten aber dazu führen kann, für alle Interdicte das jetzige summarische Verfahren als Regel anzunehmen. In dem Zwecke des Besitzprocesses liegt im Verhältnisse zum petitorischen Processe die Herstellung eines provisorischen Zustandes und dadurch scheint summarisches Verfahren geboten zu sein. Wenn nun hiernach auch regelmäßig für das possessorium ordinarium der unbestimmte summarische Proceß das geeignete Verfahren bildet, oder der Mandatsproceß angewendet werden kann, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, so kann doch, wie auch die Praxis annimmt, dem Kläger die Wahl des ordentlichen Processes, wenn er diesen seinem Interesse gemäß findet, nicht versagt werden, und es wird das possessorium ordinarium in der Praxis häufig im ordentlichen Processe verhandelt[30]). Der Grund der Klage ist der gegenwärtige Besitz des Klägers und dessen Störung durch den Beklagten; zugleich wird erörtert, ob der Besitz ein fehlerfreier sei. Die längere Dauer des Besitzes ist zunächst eben so unerheblich, wie die Behauptung und der Beweis eines Rechtstitels, erstere, weil der ältere Besitz nach

---

aber entschieden entgegen. Wenigstens kann aus der Praxis des O.-A.-Gerichtes zu Jena bezeugt werden, daß auch da, wo Landesgesetze über die besonderen Erfordernisse des poss. ordinarium und summarium keine Bestimmungen enthalten, die Voraussetzungen der für einzelne Prädialservituten eingeführten Interdicte nie zur Sprache kommen.

28) Da es indessen sehr bestritten ist, wenn bei diesen Instituten bloße Störung des Quasibesitzes oder Entsetzung aus demselben eintrete, so herrscht in der Wahl der in dem einzelnen Falle einzuschlagenden Rechtsmittel häufig sehr große Unsicherheit, namentlich darin, ob poss. summarium oder die Spolienklage anzustellen sei; daher die nicht zu rechtfertigende Ansicht mancher Juristen, daß das poss. summarium auch zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes diene, z. B. Kori, summ. sächs. bürgerl. Proc. §. 117, N. 2 und die dort angeführten Schriftsteller.

29) So faßt es die Praxis auf, als ob nur Störungen des Quasibesitzes der natürlichen Freiheit hier in Frage wären. Dies ist aber, so viel die Servituten betrifft, unrichtig; denn jede Anmaßung einer Servitut enthält eine Störung des wahren Besitzes.

30) Danz, summ. Proc. §. 58 a. E. Bayer, summ. Proc. §. 69. Entschieden ist die Praxis in den Ländern des sächsischen Processes für den ordentlichen Proceß bei dem poss. ordinarium.

der Natur des interdictum uti possidetis, welches den gegenwärtigen Besitz schützt, keinen Vorzug vor dem jüngeren Besitze haben kann [31]), letztere, weil dies in das Petitorium gehört. Auf Alter und Titel des Besitzes kommt nur insofern etwas an, als sie eine Vermuthung für die Fehlerfreiheit eines gegenwärtigen Besitzes begründen [32]).

2) Possessorium summarium oder summariissimum [33]). Der bei der Verhandlung des interdictum uti possidetis im Mittelalter immer weitläufiger gewordene Proceßgang und die Nothwendigkeit, während der Dauer des Processes Gewaltthätigkeit und Eigenmacht der Parteien zu steuern, welche bei der damals allgemein erlaubten Selbsthilfe leicht zu befürchten waren und auch häufig vorkamen, führte nicht blos in Teutschland, sondern auch in anderen Ländern Europa's zu dem vorläufigen Schutze desjenigen unter den über den Besitz streitenden Theilen, welcher die neueste Besitzhandlung für sich darthun konnte, wobei ganz von der Erörterung der Frage abgesehen wurde, ob dessen Besitz ein mit dem Interdicte zu schützender sei; die Frage, welche Partei den mit dem Interdicte zu schützenden fehlerfreien Besitz habe, wurde erst dann umständlich erörtert, nachdem durch diese vorläufige Maßregel Gewaltthätigkeiten vorgebeugt worden war. Diese Anstalt ist das possessorium summarium (summariissimum, momentaneum) im Gegensatz der umständlichen und gründlichen Erörterung des

---

31) Sollte der ältere nicht bis zur Störung fortgesetzte Besitz vor dem jüngeren den Vorzug haben, so würde das possessorium ordinarium ein remedium recuperandae possessionis sein, wofür es auch Manche gehalten haben. Diese Ansicht findet nun aber in cap. 9. X. (2. 19) nicht die mindeste Begründung. Bayer a. a. O. Sie findet solche nicht einmal durch die Analogie des interdictum utrubi in der Gestalt, welche es vor Justinian hatte, wo der längere Besitz im letzten Jahre vor der Störung vermöge einer Fiction als der gegenwärtige galt und geschützt wurde. Denn dieses Interdict war retinendae possessionis.

32) Cap. 9. X. (2. 19.) Anders ist es nach Landesgesetzen und Gerichtsbrauch der Landesgerichte. So hat im sächsischen Processe die Ansicht alleinige Geltung gewonnen, daß das poss. ordinarium den älteren oder titulirten Besitz, das poss. summarium den jüngsten Besitz schütze. Diese Ansicht ist durch einzelne Landesgesetze adoptirt worden, welche zum poss. summarium entweder ohne Unterschied einen einjährigen Besitzstand erfordern, wie die Rudolst. P. O. P. II, Tit. 2, §. 7, oder wenigstens bei dem Quasibesitz einen einjährigen ruhigen Besitzstand des Klägers und wenn iura discontinua in Frage sind, drei ruhige Besitzhandlungen voraussetzen, wie k. sächs. Erl. P. O. Anhang §. 19. Altenb. P. O. P. II, Cap. 3. §. 7. Goth. P. O. P. II, Cap. 4. §. 7. Sondersh. Ges. v. 20. Febr. 1834, §. 185—189. Jene Ansicht über das poss. ordinarium als Rechtsmittel zum Schutz des älteren und besseren Besitzes steht so fest, daß wenn gleich das Goth. Ges. über den unbest. summ. Proc. v. 12. October 1837, §. 67 jene Vorschrift der P. O. aufhebt und bei dem poss. summarium nur auf die jüngste Besitzhandlung vor der Störung gesehen wissen will, doch die auf älteren und besseren Besitz gerichteten Einwendungen dagegen ausgeschlossen sind, woraus hervorgeht, daß letztere in das poss. ordinarium gehören.

33) Savigny, Recht des Besitzes §. 51. Bayer a. a. O. §. 66, 67. Schmid, Civilproc. §. 193.

Besitzstandes bei dem interdictum uti possidetis, das possessorium ordinarium (plenarium). Das possessorium ordinarium ist ein provisorisches interdictum uti possidetis; es wird dort dieselbe Rechtsfrage wie bei dem Interdicte verhandelt und entschieden, mit der Abweichung, daß wegen der Nothwendigkeit schneller Entscheidung es nicht einmal auf vollständige thatsächliche Gewißheit ankommt. Das possessorium summarium war schon längst üblich, ehe es durch die Reichsgesetzgebung Anerkennung fand[34]), und ist durch die Praxis zu einem allgemeinen Besitzrechtsmittel erhoben worden[35]). Die Grundsätze über dieses Rechtsmittel sind folgende: 1) Kläger, welcher Schutz des jüngsten Besitzes verlangt, muß den juristischen Besitz für sich haben; ein bloßer Detentor kann auf diesen Schutz keinen Anspruch machen und der ihm dennoch bisweilen gewährte Schutz erklärt sich dadurch, daß die Nothwendigkeit der Beschleunigung des Verfahrens öfters eine genaue Erörterung der Beschaffenheit des Besitzes nicht zuläßt und daher ein bloßer Detentor nach den in diesem Verfahren geschehenen Ermittelungen bisweilen als juristischer Besitzer sich darstellt. 2) Der Kläger muß sich noch gegenwärtig im juristischen Besitze befinden; denn im Falle des Verlustes des Besitzes muß er zu einem remedium recuperandae possessionis seine Zuflucht nehmen. Zum Nachweis des gegenwärtigen Besitzes genügt der Nachweis der letzten ruhigen Besitzhandlung des Klägers vor der Störung; auf die Handlung, bei deren Ausübung er vom Beklagten gestört wurde, kann er sich nicht berufen, weil, ob diese Handlung nach der Behauptung des Klägers eine unzulässige Störung sei, nur durch Berücksichtigung des früheren Zustandes zu ermitteln ist. Es genügt eine einzige ruhige Besitzhandlung[36]), welche genau bezeichnet

---

34) Die K. G. O. v. 1555 Th. II, Tit. 21, §. 3 ermächtigt bei Besorgniß einer Störung des öffentlichen Friedens durch Empörung oder Aufruhr das Reichskammergericht, auf Anrufen der Parteien oder von Amtswegen, auch ohne vorläufige Berücksichtigung des jüngsten Besitzes Sequestration zu verfügen oder beiden Theilen die Ausübung des Besitzes zu verbieten, und erst dann über den Besitz zu entscheiden. Savigny a. a. O. §. 51, S. 641—643, 6. Ausg. beschränkt daher das poss. summarium einzig auf den Fall, wenn Störungen des öffentlichen Friedens bei Besitzstreitigkeiten zu besorgen sind. Wenn nun auch die in der K. G. O. a. a. O. angeordneten provisorischen Maßregeln bei dem in Teutschland seit langer Zeit gesicherten Rechtszustande nicht mehr nöthig sind, so ist dies kein Grund, das poss. summarium auf den gedachten Fall zu beschränken. Entschieden ist die Praxis viel weiter gegangen und hat dieses Rechtsmittel auch außer diesem Falle zugelassen. Bayer a. a. O. §. 66 N. 9, 10.

35) Danz, summ. Proc. §. 59. Linde a. a. O. §. 344. Bayer a. a. O. Grolman, Civilproc. §. 238. Heerwart, in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd. XII, S. 167. Schmid, Civilproc. §. 193, N. 9. In Bezug auf die römischen Servituten bezeugt die in der Praxis feststehende Anwendung das poss. summarium Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, S. 596 in Ansehung der teutschrechtlichen Reallasten Mittermaier, gem. teutsch. Privatr. §. 174 und andere Germanisten.

36) Ueber die abweichenden Bestimmungen einzelner Landesgesetze siehe Note 32.

werden muß, wie 3. die Störung, welche zur Klage die Veranlassung gab. 4) In der Klage sind Umstände anzuführen, welche, wenn nicht der Besitzstand provisorisch festgestellt wird, Gewaltthätigkeiten unter den streitenden Theilen besorgen lassen, indem in der längeren Dauer des gewöhnlichen Besitzprocesses (possessorium ordinarium) an sich kein Grund zur Annahme der Möglichkeit gewaltthätiger Handlungen liegt[37]. 5) Das Klaggesuch geht auf Schutz des Klägers im jüngsten Besitze oder Quasibesitze, Untersagung künftiger und deshalb vom Beklagten zu bestellende Caution, auch Ersatz der durch die Störung zugefügten Schäden. 6) Vollständiger Beweis der zur Begründung der Klage gehörigen Thatsachen kann schon wegen der Nothwendigkeit der Beschleunigung der Sache und der blos provisorischen Natur des Rechtsmittels nicht verlangt worden; es genügt eine bloße Bescheinigung[38]. In der Wahl der Beweismittel ist der Kläger durch kein Gesetz beschränkt; es stehen ihm daher die gewöhnlichen Beweismittel offen[39]. Der Kläger kann die Bescheinigung entweder sofort mit der Klage verbinden oder nicht. Das Erstere muß er thun, wenn er den unbedingten Mandatsproceß eingeschlagen wissen will; bei dieser Proceßart ist er auch in der Art der Beweismittel insofern beschränkt, als er sich nur solcher bedienen kann, welche dem Richter ohne weitere Verhandlungen die libellirten Behauptungen sofort wahrscheinlich machen[40]. 7) Von Einreden werden nur die sofort liquiden berücksichtigt[41]; selbst die Ein-

---

37) Savigny a. a. O. §. 51, S. 642. 6. Ausg. Allein in der Praxis wird von dieser Beschränkung des possessorium summarium ganz abgesehen, vielmehr schon die Berufung auf die jüngste ruhige Besitzhandlung und auf die durch den Beklagten zugefügte Störung für genügend betrachtet. Heerwart a. a. O. S. 167. Entschieden ist dies in den Ländern, wo der sächsische Proceß gilt, der Fall. Kori, summ. sächs. Proc. §. 117 f. Heimbach, sächs. Civilproc. Bd. II, §. 155. Nur das erinnert in einzelnen sächsischen Proceßgesetzen noch an die Besorgniß von Gewaltthätigkeiten als Veranlassung des possessorium summarium, daß zur Bescheinigung des jüngsten Besitzes die Aussagen eines vereideten Zeugen, oder zwei vereideter verdächtiger oder zwei unvereideter Zeugen genügen soll.

38) Conc. der K. G. O. Th. II. Tit. 22, §. 5. Bayer a. a. O. §. 67, N. 1 und die dort angeführten Schriftsteller. Schmid, Civilproc. §. 193, N. 11. A. M. ist Gönner, gem. teutsch. Proc. Bd. IV, No. 81, S. 464, welcher vollen Beweis verlangt. Da die Praxis von der dringenden Gefahr als Bedingung des poss. summarium abzusehen pflegt, so ist eigentlich kein Grund vorhanden, den Beweis hier gegen die gewöhnlichen Regeln zu erleichtern. Am wenigsten ist daher die gesetzliche Erleichterung des Beweises zu rechtfertigen, wo nach Landesgesetzen jene Bedingung des poss. summarium gar nicht in Betracht kommt.

39) Bayer a. a. O. §. 67, N. 2. Selbst der Eidesantrag ist nicht ausgeschlossen, wovon jedoch Landesgesetze häufig abweichen. Kori a. a. O. §. 125. Heimbach a. a. O. §. 160.

40) Bayer a. a. O. §. 67, N. 2, 3.

41) Auszunehmen sind solche verzögerliche Einreden, deren Nichtbeachtung unheilbare Nichtigkeit bewirken würde, wie die Einrede des unzuständigen Gerichtes, welche auch ohne sofortige Liquidität zuzulassen sind; die Einrede der

rede, daß der jüngste Besitz des Klägers fehlerhaft sei, muß sofort liquid sein[42]. 8) Das possessorium summarium ist, gleich dem interdictum uti possidetis, ein judicium duplex[43]. 9) Die gegen das im possessorium summarium gefällte Erkenntniß (s. g. Manutenenzdecret) allerdings zulässigen Rechtsmittel haben keinen Suspensiveffect[44]; es steht aber dem unterliegenden Theile der Gebrauch des possessorium ordinarium oder petitorium auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Erkenntnisse frei[45].

Das Verfahren, in welchem das possessorium summarium verhandelt wird, kann, wenn die die Klage begründenden Thatsachen sofort bei der Klaganstellung genügend bescheinigt werden, der unbedingte Mandatsproceß sein; außerdem aber tritt der unbestimmte summarische Proceß ein, jedoch mit möglichster Beschleunigung des Verfahrens, namentlich durch Abschneiden jedes Schriftenwechsels, und bloße mündliche Handlung in einem Termine[46]. Die in dem ange-

---

unrichtig gewählten Proceßart, deren Grund oder Ungrund die Klage meistens schon selbst ergiebt. Bayer a. a. O. §. 67. N, 4, die sofort liquide Einrede des Spoliums auszuschließen, was Bayer a. a. O. durch den Zweck und die Natur des poss. summarium rechtfertigen will, ist kein Grund vorhanden, da das Privilegium dieser Einrede an sich unbeschränkt ist. Schmid a. a. O. §. 193. N. 16. Die Ausschließung peremtorischer auf das Recht selbst bezüglicher Einreden, auch wenn sie sofort liquid sind, versteht sich nach der Natur und dem Zwecke dieser Proceßart von selbst. Bayer a. a. O.

42) Die Zulassung dieser Einrede rechtfertigt sich dadurch, daß das poss. summarium ein abgekürztes interdictum uti possidetis, daher die gegen das Interdict zulässigen Einreden auch statthaft sein, aber bei der Natur dieser Proceßart sofort liquid sein müssen.

43) Auch bei der Verhandlung des poss. summarium im unbedingten Mandatsprocesse gilt dasselbe, weil der Beklagte durch Anführen und Bescheinigen einer noch neueren Besitzhandlung Zurücknahme des Mandats als erschlichen und Verurtheilung des Klägers bewirken kann. Bayer a. a. O. §. 67. N. 9. Schmid a. a. O. §. 193. N. 19.

44) L. un. C. (7. 69.) versagt der Appellation in allen possessorischen Streitigkeiten den Suspensiveffect. Ueber Auslegung dieser Stelle Gönner, Hdbch. des gem. teutsch. Proc. Bd. III, Nr. 61. §. 5. f. Bd. IV, Nr. 81. §. 12. Albert, das interdictum uti possidetis §. 139—144. Für das poss. summarium tritt noch der besondere Grund hinzu, daß das Erkenntniß blos provisorischen Schutz gewährt, dessen Aufhebung durch das poss. ordinarium bewirkt werden kann. Die Landesgesetzgebung ging häufig weiter und versagte gegen das Erkenntniß jedes Rechtsmittel, weil dessen Abänderung durch das poss. ordinarium und petitorium möglich ist; so einzelne sächsische Proceßgesetze. S. Kori, sächs. summ. Proc. §. 117, 120, 121—125. Heimbach, sächs. Proc. Bd. II, §. 156, 158, 160.

45) K. G. O. v. 1555, Th. II, Tit. 21, §. 3. Tritt der unterliegende Theil mit dem poss. ordinarium als Kläger auf und beweist, daß er den gegenwärtigen fehlerfreien Besitz hat, so wird ihm derselbe zuerkannt: der im poss. summarium geschützte Theil erscheint dann als bloßer einstweiliger Inhaber eines fremden juristischen Besitzes. Savigny a. a. O. S. 643.

46) Bayer a. a. O. Schmid a. a. O. Die Landesgesetzgebung enthält häufig genauere Vorschriften über das Verfahren; so die sächsischen Proceßgesetze.

setzten Termine noch nicht beendigte Verhandlung kann in einem anderweiten Termine zu Ende gebracht werden; es kann aber der Richter, wenn schon die im ersten Termine geführten Verhandlungen gewaltthätige Handlungen noch vor der Entscheidung über den jüngsten Besitzstand besorgen lassen, auf einseitigen oder beiderseitigen Antrag bis zur Ertheilung der Entscheidung Sequestration verfügen, oder beiden Theilen die Ausübung des Besitzes verbieten [47]). Ueber die Kosten des Verfahrens ist zugleich in der Entscheidung über die Hauptsache mit zu erkennen [48]).

II. Rechtsmittel zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes. Im römischen Rechte diente zur Wiedererlangung des durch Gewalt entzogenen Besitzes das interdictum de vi oder unde vi [49]). Es steht ursprünglich nur in Bezug auf unbewegliche Sachen zu; seine Ausdehnung auf bewegliche Sachen ist bestritten [50]). Das

---

47) Von Amtswegen kann dies nach der K. G. O. a. a. O. nur bei zu besorgenden Störungen des öffentlichen Friedens geschehen. Schmid a. a. O. §. 193, N. 15. A. M. ist Bayer a. a. O. §. 67, N. 8.

48) Ueber die darüber sehr verschiedenen Ansichten s. Gensler, Handb. Th. I, S. 389—395. 1. Aufl. Dieser selbst und Bayer a. a. O. §. 67, N. 9 verlangen sofortige Verurtheilung des unterliegenden Imploraten in die Kosten des Verfahrens; siegt derselbe und ist die Rechtswidrigkeit der Störung schon jetzt unzweifelhaft, so soll der Implorat sofort zum Ersatz der Kosten verurtheilt werden; bei Zweifeln über die Rechtswidrigkeit der Störung sollen die Kosten bis zur Entscheidung im poss. ordinarium oder petitorium ausgesetzt und der darin unterliegende im jüngsten Besitze geschützte Theil, sofern kein Grund zur Compensation vorhanden ist, zum Ersatze der dem Gegner im poss. summarium verursachten Kosten verurtheilt werden, wenn nicht aus den späteren Verhandlungen seine bona fides im Streite über den jüngsten Besitz sich unzweifelhaft ergiebt. Da jedoch die Entscheidung im poss. summarium immer nur eine provisorische ist, welche einer Abänderung und Aufhebung durch das Erkenntniß im poss. ordinarium oder petitorium unterliegt, so hat auch eine Verurtheilung des im poss. summarium unterliegenden Imploraten, selbst wenn die Störung sich nicht sofort als rechtswidrig darstellt, in die Kosten kein Bedenken, weil der Implorat durch Betreten eines der beiden anderen Wege eine Aufhebung auch dieser Entscheidung bewirken kann, in der Maße, daß der im jüngsten Besitze geschützte Theil in den Ersatz der durch den Streit über den jüngsten Besitz erwachsenen Kosten verurtheilt wird. Der gute oder böse Glaube des im jüngsten Besitze geschützten Theiles ist in Bezug auf den Kostenpunkt für unerheblich zu achten, wie ihm überhaupt in Bezug auf die Verbindlichkeit des unterliegenden Theiles zur Tragung und Erstattung der Proceßkosten keine Bedeutung beigelegt wird.

49) Siehe Heimbach jun. im Rechtslexicon Bd. V, S. 581 f.

50) Nach dem Rechte der Digesten unterliegen bewegliche Sachen dem Interdicte nur insofern, als sie als Nebensachen von Grundstücken in Frage kommen. L. 3. §. 15. D. (43. 16.) Nach dem Rechte des Codex behaupten mit Bezug auf die in L. 7. 10. C. (8. 4.) enthaltenen Bestimmungen über Selbsthilfe die Ausdehnung des Interdicts auf Mobilien, Savigny, Recht des Besitzes §. 40, S. 227 f. 6. Ausg. Benfey, im Rhein. Museum Bd. VII, S. 35 f., verneint wird solche dagegen von Thibaut, im Arch. f. civil. Prax. Bd. I, S. 105 f. Linde, in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd. I, S. 418 f. Geiger, ebd. Bd. XIII, S. 253 f. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, S. 749.

Interdict diente auch zur Wiedererlangung des Quasibesitzes persönlicher Servituten [51]). Zur Wiedererlangung des Besitzes einer precario zum Gebrauch überlassenen Sache diente das interdictum de precario, welches auch auf Servituten ausgedehnt worden ist [52]). In processualischer Beziehung hatte das interdictum de vi mehrere Eigenthümlichkeiten; es war nämlich die Legitimation zum Processe erleichtert [53]) und die Appellation gegen das Erkenntniß war ohne Suspensivkraft [54]). Durch kaiserliche Constitutionen ist dem Richter besondere Beschleunigung solcher Sachen geboten [55]). Ob das canonische Recht die Spolienklage (actio spolii) als ein neues von dem interdictum de vi verschiedenes Rechtsmittel eingeführt habe, ist bestritten. Eine unzweifelhafte Neuerung des canonischen Rechtes ist die Gestattung des Interdictes gegen einen dritten Besitzer, welcher von dem Urheber der Gewaltthätigkeit mit Kenntniß von der gewaltsamen Erwerbung des Besitzes des letzteren den Besitz erworben hatte [56]). Die Meinung verdient den Vorzug, daß die Spolienklage kein neues Rechtsmittel sei [57]). Allerdings mögen germanische Rechtsansichten nicht ganz ohne Einfluß auf das canonische Recht gewesen sein und einzelne Bestimmungen desselben mit veranlaßt haben; es läßt sich aber nicht nachweisen, daß es ausschließlich teutschen Rechtsansichten gefolgt sei [58]). Ist auch gleich der Ursprung der Spolienklage als eines neuen vom interdictum unde vi

---

Anm. Gegen die Anwendung auf Mobilien spricht besonders, daß L. 7. C. (8. 4.) die Folgen der Selbsthilfe nicht vom juristischen Besitze abhängen läßt und nicht sagt, daß im Falle der gewaltsamen Entziehung des Besitzes von Mobilien nur das Interdict zur Verwirklichung der Folgen der Selbsthilfe dienen solle.

51) L. 3. §. 13—18. D. (43. 16.) L. 60. pr. D. (7. 1.) L. 27. D. (39. 5.) Savigny a. a. O. §. 45, S. 581 f. Bei anderen Servituten war das Interdict nicht anwendbar. Savigny a. a. O. S. 606.

52) Siehe Heimbach jun., im Rechtslexicon Bd. V, S. 566 f.

53) Zu dessen Anstellung waren Angehörige und Freunde des abwesenden Besitzers, auch ohne Auftrag, sogar dessen Sclaven befugt. L. un. C. (8. 5.) L. 3. C. (3. 6.) Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. VI, S. 247. Bayer, summ. Proc. §. 64. N. 2.

54) L. un. C. (7. 69.)

55) L. un. C. (8. 5.) Vergl. L. 4. C. Th. 4. 22. L. 5. C. Th. 2. 4.

56) Cap. 18. X. (2. 13.) Savigny a. a. O. §. 50, S. 627.

57) Savigny a. a. O. §. 50. Schon die in dem Titel de restitutione spoliatorum vorkommende Bezeichnung des interdictum de vi als des geeigneten Rechtsmittels in Spoliensachen spricht gegen die Einführung eines neuen Rechtsmittels. Cap. 15. X. (2. 13.)

58) Mittermaier, teutsch. gem. Proc. IV. S. 289 f. nimmt in Erwägung, daß nach teutschem Rechte dem Inhaber einer Sache ohne Rücksicht auf seinen Titel oder die Rechtmäßigkeit seines Besitzes ein Klagerecht wegen verletzter Gewere zustand, auch für Grundgerechtsame, und daß vorzüglich schneller Schutz wegen gewaltsamer Entsetzung daraus beabsichtigt wurde, an, das canonische Recht habe diese gewaltsame Entsetzung für Spolium erklärt und insbesondre den teutschen Satz recipirt „spoliatus ante omnia est restituendus," vorzugsweise angewendet auf gewaltsame Entziehung des Genusses kirchlicher

verschiedenen Rechtsmittels im canonischen Rechte nicht zu begründen, so hat doch diese Klage seit Jahrhunderten in der Praxis festen Fuß gefaßt. Ganz unbedenklich ist die in der Praxis feststehende Anwendung der Spolienklage auf publicistische, kirchliche und die auf Grund und Boden radicirten teutschrechtlichen Befugnisse, an denen seit dem Mittelalter ein Quasibesitz möglich ist[59]), sowie auf diejenigen römischen Prädialservituten, hinsichtlich deren die Anwendung des interdictum uti possidetis bestritten ist und für welche besondere Interdicte nicht eingeführt sind[60]). Die Praxis nimmt noch folgende Eigenthümlichkeiten der Spolienklage an: 1) die Spolienklage soll nicht nur dem juristischen Besitzer, sondern auch dem bloßen Detentor zustehen[61]); 2) sie findet nicht bloß im Falle einer Besitzentsetzung durch Gewalt statt, sondern

---

Pfründen (cap. 2. 5. X. (2. 13.)) und dies sei dann auf Gerechtsame jeder Art, besonders die mit Grund und Boden zusammenhängenden, bezogen worden. Dagegen sprechen die in manchen Stellen des canonischen Rechtes (cap. 5. 7. 18. X. (2. 13.)) enthaltenen bestimmten Hinweisungen auf das römische Recht, vorzüglich aber die in cap. 15. X. eod. enthaltene Bezeichnung der geeigneten Klage als interdictum unde vi. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, S. 750, 751 Anm.

59) Savigny a. a. O. §. 51, S. 631 billigt diese Anwendung und sieht die Spolienklage als die wahre Form, unter welcher jene Erweiterung des Besitzrechtes in das Leben eingeführt wird. Eben so sieht Dunker a. a. O. S. 102 in der Spolienklage nur die teutsche Form des römischen Interdictes auf diese teutschrechtlichen Institute.

60) Savigny a. a. O., die Praxis geht aber weiter und wendet die Spolienklage eben so, wie das poss. ordinarium und summarium auf alle Servituten an. Auch die Voraussetzungen der besonderen für einzelne Prädialservituten im römischen Rechte begründeten Interdicte sind meines Erachtens nach nicht zu beobachten. Savigny findet in der Spolienklage in der Ausdehnung, welche er billigt, die einzige Form, in welcher Schutz des Quasibesitzes gewährt wird. Siehe dagegen Note 20.

61) Schon nach römischem Rechte ist bestritten, ob das interdictum de vi nicht auch dem bloßen Detentor zustehe. Es wird demselben gestattet von Thibaut, im Arch. f. civilr. Prax. Bd. XVIII, S. 360 f. Geiger, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XIII, S. 247 f. Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, S. 447—450, Anm. 23, 24. Dagegen folgt noch jetzt die Mehrzahl der entgegengesetzten Meinung von Savigny, welche Heimbach jun. im Rechtslexicon Bd. V, S. 582 vertheidigt. Nach dem römischen Rechte ist letztere Ansicht wohl die richtigere, weil die Strafen der Selbsthilfe nicht unbedingt mit dem interdictum de vi zusammenhängen, vielmehr, wenn nicht durch andere Klagen, doch durch Condictionen aus den einschlagenden Constitutionen zu verfolgen sind. Daß die einschlagenden Constitutionen unter dem Titel des Codex unde vi (8. 5.) zusammengestellt sind, ist kein Beweis für den bloßen Gebrauch des fraglichen Interdictes. Die Ansicht der Praxis, welche die Spolienklage dem bloßen Detentor gewährt, ist aber im teutschen Rechte wohl begründet, welches dem bloßen Inhaber der Sache, welchem die Gewere entzogen ist, ein Klagerecht wegen verletzter Gewere gewährt. Sächs. Landr. Bd. II, Art. 24. Mittermaier, summ. Proc. S. 286 f. 339. Da hierin eine gewohnheitsrechtliche Auffassung liegt, so ist solche maßgebend, auch wenn man solche nur als Usualinterpretation des römisches Rechtes ansieht.

es genügt, eigenmächtige und widerrechtliche Besitzergreifung [62]); 3) sie soll nur der gewöhnlichen Klagenverjährung unterworfen sein [63]): 4) sie findet auch wegen des entzogenen Besitzes beweglicher Sachen statt [64]).

---

62) Schon das canonische Recht verlangt keine gewaltsame Besitzentsetzung bei dem interdictum de vi, sondern erklärt jede Eigenmacht und Widerrechtlichkeit, wodurch der Besitz entzogen ist, für genügend. Cap. 7. 8. 14. X. (2. 13.) Geiger, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XIII, S. 272 f. Auch Savigny a. a. O. S. 625 erkennt an, daß c. 3. C. 3. qu. 1. nicht blos von gewaltsamer Besitzentsetzung handele, sondern auch andere widerrechtliche Besitzentziehungen umfasse; er nimmt aber S. 626 nur im ersten Falle ein römisches Interdict als begründet an, in den anderen Fällen eine Vindication. Die Ansicht der Praxis ist in der Reichsgesetzgebung hinlänglich begründet. Die K. G. O. v. 1555 Th. II, Tit. 8, §. 1—4 begreift unter den Spolien auch solche, welche nicht mit Gewalt, aber doch wider Recht geschehen, und nennt solche gemeine schlechte Spolien, gemeine schlechte Entsetzungen. Sie werden im §. 1 des ang. Ges. dahin beschrieben, „so nicht mit gewaltiger That, aber doch wider Recht geschehen". S. Mittermaier a. a. O. S. 338 f. gegen Roßhirt, im Arch. f. civilr. Prax. Bd. VIII, S. 65.

63) Auf dem Grunde des c. 3. C. 3. qu. 1. „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis — funditus revocanda quacunque conditione temporis" halten einige ältere Juristen die Spolienklage für unverjährbar; die Mehrzahl unterwirft sie der gewöhnlichen Klagenverjährung. Das ältere teutsche Recht gewährte das durch Verletzung der Gewere begründete Rechtsmittel auf Schutz im Besitze oder Wiedererlangung des Besitzes nur binnen kurzer Fristen. Siehe das Nähere bei Dunker a. a. O. S. 109 f. Dieser selbst läßt die Spolienklage als die teutsche Form des interdictum de vi nur auf die Dauer eines Jahres zu, während Heerwart in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 321, welcher übrigens die Anwendung dieser Klage auf Reallasten leugnet, ihre Anwendbarkeit darauf vorausgesetzt, die gewöhnliche 30jährige Klagenverjährung annimmt, weil auch das Interdict wegen der durch die Dejection erhaltenen Bereicherung nach Jahresfrist stattfindet. L. 1. pr. D. (43. 16.) Hinsichtlich körperlicher Sachen kann kein Zweifel sein, daß die Spolienklage als das modificirte Interdict, insoweit sie auf Herausgabe des durch die widerrechtliche Besitzentziehung Gewonnenen geht, der 30jährigen Klagenverjährung unterliegt. Bei dem entzogenen Quasibesitz von Rechten, beschränkt Dunker a. a. O. S. 111 die Spolienklage deshalb auf ein Jahr, weil durch die Entziehung des Besitzes eines Rechtes der Spoliant nichts erlange, was unter den Begriff des id, quod pervenit, passe. Allerdings wird aber durch die Verweigerung einer Leistung, welche als Reallast beansprucht wird, dem bisherigen Inhaber des Quasibesitzes nicht blos der Quasibesitz, sondern auch die Leistung selbst entzogen; der Verweigernde bereichert sich damit zum Schaden des bisherigen Besitzers, und läßt man einmal eine Klage zur Wiedererlangung des entzogenen Quasibesitzes zu, so muß man consequenter Weise zugleich mit derselben die Verbindung des Gesuches auf Herausgabe des durch die Besitzentsetzung Gewonnenen d. h. der verweigerten Leistung oder des Interesse gestatten, gleichwie auch nach Verjährung des interdictum uti possidetis wegen Besitzstörungen nach Ablauf eines Jahres noch Klage auf das durch die Störung Gewonnene statthaft ist. Die Klage auf id, quod pervenit, kann nach Analogie des interdictum de vi nur der 30jährigen Verjährung unterliegen.

64) Diese durch die Praxis angenommene Anwendung der Spolienklage auf bewegliche Sachen ist als Usualinterpretation des römischen Rechtes aufzufassen, nach welchem die Ausdehnung des interdictum de vi auf bewegliche Sachen zweifelhaft ist.

Ueber die Einrede des Spoliums ist an einem anderen Orte gehandelt worden[65].

Das Verfahren im Spolienprocesse ist, wenn nicht die Voraussetzungen des Mandatsprocesses vorhanden sind, der unbestimmte summarische Proceß. Schon das römische Recht gebot bei dem interdictum de vi Beschleunigung der Sache. Das canonische Recht betrachtet Spoliensachen durchgehends als schleunig zu behandelnde Sachen, wie schon aus dem Grundsatze „spoliatus ante omnia est restituendus" hervorgeht[66]) Die Reichsgesetzgebung will auch in geringeren Spolienfällen, der gemeinen schlechten Spolien halber, summarisch verfahren wissen[67]). Daher ist die übereinstimmende Meinung der Processualisten[68]) für summarische Verhandlung der Spoliensachen, als deren Eigenthümlichkeit aus dem römischen Rechte der Grundsatz beibehalten worden ist, daß die gegen das Erkenntniß eingewendeten Rechtsmittel keine Suspensivkraft haben[69]). Dennoch hat, auch ohne besondere Landesgesetzgebung, die Ansicht über die summarische Verhandlung der Spoliensachen in einzelnen teutschen Ländern keine Geltung erlangt[70]), vielmehr werden in mehreren Spoliensachen im ordentlichen Processe verhandelt[71]).

III. Rechtsmittel zur Erlangung des Besitzes. Die im römischen Rechte begründeten interdicta adipiscendae possessionis sind das interdictum quorum bonorum, interdictum quod legatorum, interdictum fraudatorum, interdictum Salvianum[72]). Gleichfalls auf Erlangung des Besitzes gerichtet und daher hier zu erwähnen ist das

---

65) S. Heimbach jun. im Rechtslexikon Bd. III, S. 798—801.

66) Cap. 7. X. (2. 13.)

67) R. G. O. v. 1555 Th. II, Tit. 8. 5. 6. „Und sollen die Niedergesetzte (Austrägalrichter) in solchen Sachen gemeine spolia belangend, summarie nach Ordnung der Rechte procediren und die Rechtfertigung also zu Beschluß fördern, daß der Kläger in Jahresfrist, nachdem die Sachen vor ihm in Recht anhängig gemacht wären, zu Erörterung gelange und dem Kläger sein Endurtheil ohn alle Verhinderung und Aufzug mitgetheilt werde." Ebd. Th. III, Tit. 3 werden zu den causae extraordinariae, welche vor anderen gefördert werden sollen, gerechnet „Sachen gewaltsamer Entsetzung, genannt causae spolii".

68) Danz, summ. Proc. §. 56. Martin, Lehrb. §. 258. Linde, Lehrb. §. 345. Bayer a. a. O. §. 64. Schmid a. a. O. §. 194.

69) L. un. C. (7. 69.)

70) Der Grund davon liegt wohl darin, daß man die einschlagenden Vorschriften der Reichsgesetzgebung theils nur für Streitigkeiten unter Reichsunmittelbaren maßgebend ansah, theils blos auf das Reichskammergericht bezog.

71) So namentlich in mehreren Ländern sächsischen Rechtes. Jedoch ist auch hier die neueste Gesetzgebung einzelner Staaten zum summarischen Verfahren in Spoliensachen zurückgekehrt. Goth. Ges. über den unbest. summ. Proc. v. 12. October 1837 §. 1. 67. Reuß. j. L. Ges. v. 24. März 1838 §. 1.

72) Ueber das interdictum quorum bonorum s. Rechtslexikon Bd. V, S. 615—620, über das interdictum fraudatorium ebd. S. 586—589, über das interdictum Salvianum ebd. 620—625. Die neuesten und gründlichsten Unter-

s. g. remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani toll. (6. 33.)[73]. Die einzelnen Rechtsmittel anlangend, so dienen

1) zur Erlangung des Besitzes der körperlichen Erbschaftssachen dem Erben zwei Rechtsmittel, das s. g. remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani toll. (missio Hadriana) für den Testamentserben, das interdictum quorum bonorum für den Intestaterben[74]. a) Das interdictum quorum bonorum war ursprünglich die analog der hereditatis petitio des Civilerben dem bonorum possessor zuständige Universalklage zur Erlangung des Besitzes der körperlichen Erbschaftssachen aus dem prätorischen Erbrechte, neben welcher der bonorum possessor die dem wahren Erben zuständigen Einzelklagen als actiones fictitiae hatte. Bei Ertheilung der b. p. berücksichtigte der Prätor blos die Wahrscheinlichkeit, ob der um die b. p. Ansuchende wirklich heres sein mochte; bei ausreichend erscheinenden Gründen sollte der Ansuchende sobald als möglich den Besitz der bona erhalten. Es bedurfte, weil es nur auf Anerkennung eines interimistischen Erben ankam, nur einer dem Prätor selbst zu führenden Bescheinigung, worauf der Prätor, nachdem er solche für ausreichend erkannt und die b. p. ertheilt hatte, auch die nöthigen Rechtsmittel, namentlich das Interdict gestatten mußte, so daß die durch den Prätor schon anerkannte Eigenschaft des interimistischen Erben jede weitere Erörterung und Entscheidung darüber bei dem iudex ausschloß[75]. Die Vertheidigung gegen das Interdict konnte nur auf den die Wirksamkeit der b. p. vernichtenden d. h. gegen die Voraussetzungen des concreten Falles gerichteten Gründen beruhen; der Beklagte konnte sich nicht damit schützen, daß er heres sei, weil es sich nur um den interimistischen Besitz handelte und über das Erbrecht selbst erst bei der hereditatis petitio gegen den b. p. entschieden werden konnte. Der Kläger hatte bei dem Interdicte zur Zeit des classischen Rechtes unter anderen zu erweisen, daß sich der Erblasser im Besitz der Sachen, welche der Beklagte besaß, zur Zeit seines Todes befunden habe. Die Voraussetzungen des Interdictes waren nothwendig zu beweisen[76]. In der späteren Zeit, nachdem die b. p. eine

suchungen über das zuerst genannte Interdict hat Leist, bonorum possessio Bd. I, S. 306—398. Bd. II, Abth. 2, S. 162—217, 257 f.

73) Dagegen gehören die s. g. bonorum possessiones decretales, ventris nomine, furiosi nomine und ex edicto Carboniano, welche häufig zu den Rechtsmitteln zur Erlangung des Besitzes gerechnet werden, wie von Claproth, summ. Proc. §. 206 f. Bayer, summ. Proc. §. 70, Note 2 nicht hierher, weil sie außer der Erlangung des Besitzes eines Nachlasses auch noch andere Zwecke verfolgen, nämlich Benutzung eines Nachlasses und daraus zu beziehende Alimentation.

74) Bei Darstellung dieser Rechtsmittel sind die Resultate der neuesten Forschungen von Leist zum Grunde gelegt, welchen Sintenis, gem. Civilr. Bd. III, §. 193, Note 2, S. 592—600 gefolgt ist.

75) Leist a. a. O. Bd. I, §. 50, S. 321 f. §. 59, S. 386, 390. Sintenis a. a. O. S. 592 f.

76) L. 1. 2. C. (8. 2.) Vergl. dazu Leist a. a. O. S. 387 f.

16*

wirkliche definitive prätorische Universalsuccession geworden und das directe Eingreifen des Magistrats in Erbschaftsangelegenheiten weggefallen war, überhaupt nach der Aenderung des älteren Proceßverfahrens, wurde auch der Character des Interdictes ein anderer, sein Zweck und Erfolg nähert sich dem Streite um ein besseres Recht[77]), so daß es sich fragt, wie sich das Interdict von der hereditatis petitio unterschieden habe[78]). Das, nachdem die fictitiae actiones in der allgemeinen Ausgleichung der petitorischen Erbrechtsmittel untergegangen waren, fortbestehende Interdict war darin verändert, daß nach der Umwandlung der b. p. in eine bloße Antrittsform des prätorischen Erbrechtes, welche nicht mehr sofort die possessio der Erbschaft gewährte, in dem Processe über das Interdict die Agnition der b. p. dieselbe Stellung einnahm, wie die aditio bei der hereditatis petitio. Sonach schloß auch der Beweis der Agnition der b. p. im Processe über das Interdict die exceptio doli des sich auf sein Erbrecht berufenden beklagten Civilerben nicht aus; das Interdict war gegen den heres ohne Erfolg, wenn der Kläger nicht sein besseres Recht nachwies. Es wurde demnach in diesem Falle in dem durch das Interdict eingeleiteten Processe dieselbe Frage entschieden, wie bei der hereditatis petitio, so daß ein Unterschied beider Rechtsmittel in Bezug auf die Frage der Erbberechtigung nicht mehr vorhanden war, obgleich solcher in Bezug auf die bei Herausgabe der Erbschaft dem Beklagten obliegenden Verbindlichkeiten immer noch blieb, schon deshalb, weil das Interdict nur auf Erlangung des Besitzes der corpora hereditaria gerichtet war, während bei der hereditatis petitio alle Handlungen und Verfügungen des Beklagten in Bezug auf den Nachlaß, auch insoweit sie Einkassirung der Schulden, Bezahlung der dritten Personen zustehenden Forderungen, kurz dasjenige, was der Beklagte im Verhältnisse zu den Erbschaftsgläubigern und Schuldnern, und zu den Legataren vorgenommen hatte, zur Sprache kamen. Obgleich nun, wie bemerkt in Bezug auf die Frage über die Erbberechtigung das Interdict und die hereditatis petitio einander darin gleichstanden, daß in beiden über diese Frage entschieden wurde, sich hiernach die hereditatis petitio nur durch den größeren Umfang der Verbindlichkeiten des Beklagten von dem Interdicte unterschied, bei welchem letzteren als blos auf Erlangung des Besitzes der corpora hereditaria gerichteten Rechtsmittel die angedeuteten Verpflichtungen gar nicht in Frage kommen konnten, so unterscheidet das justinianeische Recht immer noch beide Rechtsmittel und erkennt das Interdict als interdictum adipiscendae possessionis als practisch giltig an[79]). Es können die Eigenthümlichkeiten des Interdictes, weil es

77) Leist a. a. O. Bd. II, Abth. 2, S. 171 f.

78) Leist a. a. O. S. 162 f., 177 f. hat bei Veränderung des Interdictes die Frage über dessen Unterschied von der hereditatis petitio umständlich behandelt.

79) Dies ist selbst im postjustinianeischen Rechte der Fall. Die Basiliken

auf Erlangung des Besitzes gerichtet war, es mithin auf Beschleunigung ankam, im justinianeischen Rechte fast nur dieselben gewesen sein, welche die Praxis bisher angenommen hatte, nämlich aa) daß zur Anerkennung der b. p. von seiten des Gerichtes und des darauf gegründeten Interdictes Bescheinigung genügte, nicht voller Beweis verlangt wurde; bb) daß, da es bei dem Interdicte nicht auf definitive Feststellung des klägerischen Erbrechtes ankommt, der Einwand des dem Beklagten zustehenden besseren Erbrechtes aber nicht ausgeschlossen werden kann, ebenfalls dazu Bescheinigung genügte, dergestalt, daß im Processe über das Interdict das wahrscheinliche bessere Erbrecht behufs des interimistischen Besitzes Streitgegenstand war, wogegen in der hierauf folgenden hereditatis petitio um das wirkliche vollständig zu erweisende Erbrecht gestritten wurde, wogegen Berufung auf titulus singularis und hiervon entlehnte Einreden nach wie vor unzulässig blieben, weil bei dem Interdicte nur die Frage zu erörtern und zu entscheiden ist, ob die fraglichen Gegenstände zum Nachlasse des Erblassers gehörten, nicht ob sie sein Eigenthum waren [80]; cc) ist im justinianeischen Rechte, wenigstens nach den Novellen, nachdem das civile und prätorische Erbrecht vollständig verschmolzen, auch alle Erbklassen (mit Ausnahme des überlebenden Ehegatten vermöge des b. p. unde vir et uxor) zu civilrechtlichen gemacht worden sind, das Interdict allen Erben ohne Ausnahme nach dem Erbschaftsantritt sofort als provisorisches zur schnellen Erlangung des Besitzes der körperlichen Erbschaftssachen dienliches Rechtsmittel zuständig [81]. b) Die missio Hadriana war ursprünglich im fiscalischen Interesse der schnelleren Berichtigung der vicesima hereditatum wegen von K. Hadrian eingeführt, und es konnte hiernach ein in einem obgleich als ungiltig angefochtenen Testamente eingesetzter Erbe missio in possessionem der Erbschaftssachen fordern; die endliche Entscheidung der Sache blieb der hereditatis petitio vorbehalten [82]. War das Testament ein prätorisches, so fand neben der missio die b. p. secundum tabulas d. h. das interdictum quorum bonorum statt; bei Civiltestamenten stand die missio allein zu, so daß letztere beiden Arten der Testamente gemeinsam war. Nach und nach verdrängte die missio die b. p. in diesem Falle und dadurch das Interdict; die missio wurde allein üblich; daher Valentinian III. die missio ganz an die Stelle der b. p., welche er in diesem Falle abschaffte, setzte, auch in

---

lib. XL. tit. 9. (edit. Heimb. T. IV. p. 87. sq.) haben die Stellen der Titel der Digesten und des Codex Quorum bonorum aufgenommen.

80) Leist a. a. O. S. 200, 483 f. Sintenis a. a. O. Die nun hervortretende s. g. Summarietät des Interdictes (L. 22. C. Th. 11. 36.) ist nicht mit dem jetzigen summarischen Processe identisch und beschränkt sich im wesentlichen auf Unstatthaftigkeit der Appellation. L. 22. 26. C. Th. (11. 39.)

81) Leist a. a. O. S. 288.

82) Siehe Jac. Gothofred. ad Theod. Cod. IV. 4. 7. XI. (36. 26.)

Ansehung mündlicher Testamente [83]). Die beiden Rechtsmittel, die missio Hadriana für Testamentserben, das interdictum quorum bonorum für Intestaterben, stehen von da an überall einander gleich, z. B. darin, daß sie auf körperliche Erbschaftssachen beschränkt waren, daß keine Appellation stattfand [84]), ferner in der Art und Weise der Beschleunigung und in der Wirkung, welche auch bei der missio in der possessio bestand; der practische Zweck beider war also derselbe. Die neueste Verordnung Justinians, L. ult. C. (6. 33.) stimmt damit ganz überein, obgleich die Rubrik des Titels „de edicto D. Hadriani tollendo" auf das Gegentheil hinzudeuten scheint. Nach dieser Verordnung hat der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente eingesetzte Erbe das Recht, durch Vorzeigen des Testamentes bei der zuständigen Gerichtsbehörde Einweisung in den Besitz derjenigen Sachen zu verlangen, welche sich zur Zeit des Todes des Testirers in dessen Händen befunden haben. Ohne einen Gegner ist eine Beantragung und Ertheilung der missio nicht denkbar [85]). Bei der Gleichstellung der missio mit dem Interdicte sind gegen erstere dieselben Einreden zulässig, wie gegen letzteres. Insbesondre gilt bei beiden dasselbe über die Unstatthaftigkeit der Berufung auf einen titulus singularis [86]). Von Verjährungen kann nur die 30jährige mit Wirkung entgegengesetzt werden [87]). c) Das seit Jahrhunderten in Teutschland dem Richter zustehende Recht des

83) L. 7. C. Th. (4. 4.) Nov. 4. Valentin. Leist a. a. O. S. 143 f. 155 f.

84) L. 22. 26. C. Th. (11. 36.)

85) Dies bemerkt Sintenis a. a. O. mit Recht gegen Leist a. a. O. S. 340, weil ein Rechtsmittel immer einen Gegner voraussetzt. Der Fall, wo der Richter den Nachlaß in Verwahrung genommen hat und um dessen Aushändigung gebeten wird, gehört nicht hierher, weil durch die Ausantwortung eines Nachlasses von seiten des Richters an die aufgetretene Person derselben besondere Rechte daran und gegen dritte nicht erwachsen.

86) Ueber die Bedeutung der in L. ult. C. (6. 33.) ersichtlichen beschränkenden Worte „non autem legitimo modo ab alio detinentur" sind die Meinungen verschieden. Siehe darüber Leist a. a. O. S. 297. Vangerow, Leitfaden Bd. II, S. 377. 1. Sintenis a. a. O. S. 597 f. Der Sinn derselben ist mit Sintenis dahin anzunehmen, „sobald nur nicht der Besitzer einen erst nach des Erblassers Tode eingetretenen rechtmäßigen Grund seines Innehabens für sich hat," z. B. Erwerb durch ein giltiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, oder bereits erhaltene Einweisung anderer Erbprätendenten in den Besitz durch die missio oder das Interdict. Das vorstehend Bemerkte gilt auch von dem Interdicte.

87) So erklärt Sintenis a. a. O. S. 598 mit Recht die Worte der Constitution: „tantum temporis, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi, qui missus est, omnem intentionem excludere." Er läßt aber schon die Klagenverjährung genügen, während die Worte auch auf außerordentliche Eigenthumsersitzung hinweisen. Die Verjährung muß erst nach dem Tode des Erblassers begonnen sein; eine bei dessen Lebzeiten begonnene erwerbende Verjährung ist undenkbar, weil dann der Erblasser zur Zeit seines Ablebens den Besitz nicht gehabt haben könnte, mithin wegen mangelnder Vor-

Einsatzes[88]), d. h. das Recht der Einweisung einer bestimmten Person in den Besitz einer Erbschaft nach vorgängiger summarischer Untersuchung, vorbehältlich der definitiven Entscheidung über das Erbrecht durch die hereditatis petitio, ist die gewohnheitsrechtliche Auffassung der missio Hadriana und des interdictum quorum bonorum[89]), wobei das Interdict so aufgefaßt worden ist, daß es jeder Erbe in Folge einer bloßen Privatantretung der Erbschaft (mithin ohne Agnition der b. p.) habe[90]). Die übrigen im justinianeischen Rechte begründeten Regeln beider Rechtsmittel hat man beibehalten[91]); soweit diese nicht ausreichen, muß der Zweck und das Wesen des Instituts das Nöthige ergeben. Es gelten hiernach folgende Grundsätze:

1) Obgleich das Verhältniß beider Rechtsmittel zu einander dasselbe wie im römischen Rechte geblieben ist, d. h. die missio im Falle des Vorzeigens eines äußerlich fehlerfreien Testamentes das Interdict absorbirt hat und letzteres nur dem Intestaterben geblieben ist, so bilden doch beide bei der völligen Ausgleichung ihres inneren Wesens in der Praxis nur ein Rechtsmittel, nur eine Besitzklage für den wahrscheinlichen Erben[92]). 2) Der Einsatz ist in Teutschland auch auf unkörperliche Sachen, nämlich Rechte, deren Quasibesitz möglichst ausgedehnt

---

aussetzung der missio der Kläger schon deshalb abzuweisen wäre. Das von der Verjährung Bemerkte gilt bei der practischen Gleichheit der missio und des Interdictes auch von letzterem. Sintenis a. a. O. S. 598.

88) Verständlicher ist das Recht der Einsetzung, der Einweisung; denn in manchen Ländern, z. B. in denen sächsischen Rechtes ist zwar die Sache, nicht aber der Ausdruck Einsatz bekannt.

89) Siehe die Beweise dafür bei Leist a. a. O. S. 465 f.

90) Man glaubte, daß schon nach L. 1. C. (8. 2.) jedem heres das Interdict zustehe.

91) In den Lehrbüchern über Civilrecht und Civilproceß erscheinen beide Rechtsmittel noch als gesondert, ungeachtet ihrer völlig gleichen Natur. Man kann es nicht genug anerkennen, daß endlich einmal ein bewährter Romanist, Leist, auch die Geltung der Praxis anerkannt hat. Möchte doch endlich in den Systemen des Civilrechtes einmal aufgeräumt und Vieles, was dort noch als practisch giltig vorgetragen wird, ausgemerzt werden, weil es wirklich keine Geltung mehr hat. Auch Sintenis verdient in dieser Beziehung neben Leist genannt zu werden.

92) Die Praxis zählt dazu auch den Erben aus einem Erbvertrage oder Statute oder Gewohnheit. Auch die außerordentlichen Intestaterben rechnet gegen Leist a. a. O. S. 473 Note 9 Sintenis a. a. O. S. 599 hierher. Auch ihr Erbrecht gründet sich immer auf eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung oder notorische Observanz. Doch ist sowohl bei diesen außerordentlichen Intestaterben, als bei dem Fiscus der Fall der Einweisung in den Besitz des Nachlasses nicht wohl denkbar, bevor sich die Ermangelung anderer Erbprätendenten herausgestellt hat, was nicht eher möglich ist, als nachdem auf öffentliche Edictalladung kein Erbprätendent erschienen ist und die im Edictaltermine ausgebliebenen etwa Erbberechtigten mit ihren Ansprüchen rechtskräftig ausgeschlossen worden sind. Bis dahin hat der Richter den Nachlaß unter Aufsicht und Verwahrung zu nehmen.

worden[93]). 3) Da die Personen, gegen welche das Rechtsmittel gerichtet wird, ohne eigenmächtige Besitzergreifung nach dem Tode des Erblassers in den Besitz der betreffenden Gegenstände nicht gekommen sein können, dies auch im guten oder bösen Glauben geschehen sein kann, so muß man auch denjenigen, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, mit ihrer verschiedenen Haftungspflicht bei dem Rechtsmittel trennen[94]). 4) Ueber die Nothwendigkeit summarischen Verfahrens herrschte im allgemeinen Einverständniß; über die speciell zu wählende Proceßart waren bedeutende Meinungsverschiedenheiten. Für die missio Hadriana wurde in der Praxis unpassend die Analogie des Executivprocesses herbeigezogen[95]) und Beklagter daher mit den nicht sofort liquid zu machenden Einreden zur besonderen Ausführung verwiesen; für das Interdict, sowie für alle interdicta adipiscendae possessionis ist unbestimmter summarischer Proceß oder Mandatsproceß das geeignete Verfahren[96]). Vermöge des Zweckes des Rechtsmittels ist gleich Beschleunigung, wie bei dem poss. summarium nothwendig[97]), sowie, wenn auch nicht Ausschluß der Appellation, doch wenigstens Versagung des Suspensiveffectes geboten[98]). 5) Der Beweis des Klägers ist in Bezug auf die geforderten Sachen darauf zu richten, daß dieselben zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Besitz gewesen seien und daß jetzt der Beklagte dieselben besitze, und in Bezug auf diese Umstände ist voller Beweis nothwendig[99]), derselbe auch sofort zu erbringen[100]); in Bezug auf die persönliche Berechtigung des Klägers genügt eine bloße Bescheinigung, eine Wahrscheinlichmachung des dem Kläger zustehenden Erbrechtes, wozu bei Testamentserben das Vorzeigen des äußerlich fehlerfreien Testamentes genügt, deren Beurtheilung bei Intestaterben

93) Leist a. a. O. S. 482 Note 1. Dies hat bei denjenigen Rechten, welche mit Grund und Boden zusammenhängen, kein Bedenken; mehr steht entgegen, wenn es sich um den Quasibesitz von Gerechtigkeiten handelt, welche nicht auf Grund und Boden radicirt sind.

94) Leist a. a. O. S. 483.

95) Bayer, summ. Processe §. 70, Note 4. Zur Anwendung des Executivprocesses führte der Umstand, daß die missio auf den Grund einer Urkunde, des äußerlich fehlerfreien Testamentes, beantragt und gestattet wurde, während diese Proceßart ursprünglich nur auf Obligationsverhältnisse Anwendung leidet.

96) Linde, Lehrb. §. 346.

97) Leist a. a. O. S. 497.

98) Denn schon das römische Recht schließt gegen Verfügungen, welche eine missio in possessionem enthalten, Appellation aus. L. 7. pr. D. (49. 5.) L. 6. C. (7. 65.) Gleiches muß, sowie bei der missio Hadriana, so auch bei dem Interdicte gelten. Leist a. a. O. S. 498.

99) Gegen die herrschende Ansicht, daß bloße Bescheinigung im Sinne eines halbvollen Beweises genüge, erklärt sich mit Recht Leist a. a. O. S. 491 f.

100) Dies gilt auch vom Beweise der zulässigen Einreden. Leist a. a. O. S. 490 f. Beide Theile auf bloßen Urkundenbeweis zu beschränken und den Eidesantrag auszuschließen, dazu kann wenigstens die Analogie des Executivprocesses, welche man bei der missio Hadriana herbeigezogen hat, nicht führen.

aber durchgehends dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben muß[101]). In mehreren teutschen Ländern wird aber die missio sowie das Interdict im ordentlichen Processe verhandelt[102]).

2) Das interdictum Salvianum steht nach der gewohnheitsrechtlichen Auffassung in Teutschland jedem Pfandgläubiger zur Erlangung des Besitzes der verpfändeten Sache gegen jeden Besitzer derselben zu[103]). Eben so, wie über das interdictum quorum bonorum, erklärt sich die Praxis über dieses Interdict; sie sieht das Interdict als ein von der hypothekarischen Klage verschiedenes Rechtsmittel, bei welchem es nur auf Herstellung eines provisorischen Zustandes, keineswegs auf definitive Feststellung des Rechtes selbst abgesehen sei, an; sie verlangt von dem Pfandgläubiger nur Bescheinigung seines Rechtes, läßt den Beklagten nur mit sofort liquiden Einreden zu und will alle auf weiterer Erörterung beruhenden Einreden in das Petitorium verwiesen wissen[104]). Der Zweck des Interdictes, welcher darauf gerichtet ist, dem Gläubiger schnell den Besitz der ihm verpfändeten Sachen zu verschaffen, begründet diese Ansicht der Praxis hinlänglich, weil mit diesem Zwecke eine weitläufige Erörterung über das Recht geradezu im Widerspruche stehen würde. Alle interdicta adipiscendae possessionis stehen in dieser Beziehung auf gleicher Linie. Ueber die Nothwendigkeit summarischen Verfahrens herrscht in der Praxis vollkommenes Einverständniß[105]). Dies kann aber nicht dazu führen, abgesehen von der Berechtigung des Klägers, einen blos halbvollen Beweis auch rücksichtlich der übrigen zu erweisenden Umstände, namentlich des Besitzes der betreffenden Sache durch Beklagten, für genügend zu erachten, wogegen dieselben Gründe sprechen, welche bereits bei den unter 1) erwähnten Rechtsmitteln geltend gemacht worden sind. Uebrigens kommt das Interdict selten vor, was aus der in den einzelnen teutschen Ländern in Bezug auf Pfandrechte an Immobilien bestehenden auf Oeffentlichkeit und Specialität gegründeten Hypothekeneinrichtung und der dadurch begründeten Möglichkeit, schnell durch die hypothekarische Klage zum Ziele zu gelangen, zu erklären ist.

---

101) Leist a. a. O. S. 488 f.

102) So namentlich in den Ländern, wo der sächsische Proceß gilt, wo überhaupt alle auf Erlangung des Besitzes gerichteten Rechtsmittel im ordentlichen Processe verfolgt werden, wenn nicht die specielle Landesgesetzgebung summarisches Verfahren vorschreibt, oder die Parteien auf solches compromittiren. Osterloh, summ. sächs. Proc. §. 45, 50. Kori, summ. sächs. Proc. §. 116. Heimbach, Lehrb. des sächs. Proc. Bd. II, §. 154.

103) Nach dem römischen Rechte ist dies bekanntlich sehr bestritten. Für die Statthaftigkeit des Interdictes gegen jeden Besitzer ist Theophil. Paraphr. Inst. IV. 15, der solche als zu seiner Zeit geltendes Recht bezeugt. Um so mehr ist diese Ansicht der Praxis gerechtfertigt und als gewohnheitsrechtliche Auffassung nicht zu verlassen.

104) Bayer a. a. O. §. 72. Schmid a. a. O. §. 195.

105) Bayer a. a. O. §. 72. Linde a. a. O. §. 346.

3) Das interdictum fraudatorium ist nach dem Worte des prätorischen Edictes ein restitutorisches Interdict[106]) und kann, insofern die durch alienatio in fraudem creditorum benachtheiligten Gläubiger dadurch die Erlangung des Besitzes der veräußerten Sachen beabsichtigen, als interdictum adipiscendae possessionis angesehen werden[107]). Das Verhältniß der neben dem Interdicte gestatteten in factum actio zu dem Interdicte ist nicht recht klar. Nur so viel ist gewiß, daß die in factum actio von weiterem Umfange war, nach Ablauf eines utilis annus stattfand und activ und passiv auf die Erben überging[108]). Ob aber bei dem Interdicte über die Rechtsfrage eben so definitiv entschieden wurde,

---

106) L. 10. pr. D. (42. 8.)

107) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. Th. II, S. 145, Note a. Heimbach jun. im Rechtslexicon Bd. V, S. 588. Zwar wird das Interdict in den Quellen nicht ausdrücklich zu denen, welche adipiscendae possessionis sind, gerechnet. §. 3. Inst. (4. 15) zählt zu diesen Interdicten nur das i. quorum bonorum und das i. Salvianum; L. 2. §. 3. D. (43. 1.) gesellt zu diesen noch das interdictum „quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto." Damit sind aber blos Beispiele der auf Erlangung des Besitzes gerichteten Interdicte angeführt, nicht deren Zahl geschlossen. Denn das an diesen Stellen nicht genannte i. quod legatorum wird an anderen Stellen ausdrücklich als i. adipiscendae possessionis bezeichnet. L. 1. §. 1. D. (43. 3.) Einzelne interdicta adipiscendae possessionis werden zugleich als restitutorische Interdicte genannt; z. B. das i. quorum bonorum. §. 1. Inst. (4. 15.) Daß an dieser Stelle keine eigenthümliche Ansicht der Redactoren der Institutionen aufgestellt wird, sondern diese schon die der classischen Juristen ist, zeigt die Vergleichung mit Caj. Inst. Comm. IV. §. 144. Ob das interdictum fraudatorium dem bonorum emtor zugestanden habe, dürfte bezweifelt werden; denn die Quellen reden immer nur von den benachtheiligten Gläubigern, welche, da durch die bonorum venditio das ganze schuldnerische Vermögen auf den emtor als Universalsuccessor überging, gar nicht in der Lage waren und kein Interesse hatten, die Veräußerungen des Schuldners anzufechten, weil sie sich ihrer Befriedigung halber lediglich an den bonorum emtor zu halten hatten. Der bonorum emtor selbst war dieses Interdictes nicht benöthigt, weil er den Gläubigern nur für die gebotenen Procente haftete und wenn er vor dem Gebote sich nicht nach dem Umfange des schuldnerischen Vermögens hinreichend erkundigt und im Verhältnisse zu dessen Betrage zu viel Procente geboten hatte, er dies seiner Nachlässigkeit zuschreiben mußte, folglich den Schaden selbst zu tragen hatte. Auch hatte der bonorum emtor schon ein besonderes Interdict zur Erlangung des Besitzes der Sachen des Schuldners, das interdictum possessorium. Caj. Inst. Comm. IV. §. 145. Könnte nachgewiesen werden, daß der bonorum emtor nachträglich zu höheren Procenten hätte gezwungen werden können, wenn die Gläubiger eine alienatio in fraudem nachgewiesen und dadurch die Masse größer erschien, so würde das interdictum fraudatorium auch dem bonorum emtor haben zustehen können. Die Quellen enthalten aber davon keine Spur. Wenn auch die Quellen in dem Titel der Digesten: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur, (42. 8.) häufig von einem bona veneunt, bonorum venditio, sprechen, so muß man im justinianeischen Rechte nicht an die bonorum venditio des älteren Rechtes, sondern an den Verkauf des schuldnerischen Vermögens im Einzelnen denken.

108) L. 10. §. 14. 22. 24. 25. D. (42. 8.) Heimbach jun. im Rechtslexikon Bd. V, S. 588 f.

wie bei der in factum actio, ist bestritten. Nach dem, was bei den vorigen Rechtsmitteln zur Erlangung des Besitzes bemerkt worden ist, hat die Ansicht der Practiker[109]), welche dem Interdicte zur factum actio dieselbe Stellung anweist, welche dem interdictum quorum bonorum und dem interdictum Salvianum im Verhältnisse zur hereditatis petitio und hypothecaria actio in der Praxis zugewiesen wird, ihren guten Grund in dem Zwecke des Interdictes. Es sprechen sonach für das bei dem Interdicte einzuschlagende summarische Verfahren, für das Genügen einer bloßen Bescheinigung der Erforderniſſe des Interdictes außer dem Besitze des Beklagten, welcher vollen Beweises bedarf, für die Zulässigkeit blos sofort erweislich zu machender Einreden und die Verweisung der weiteren Erörterung und Beweisführung fordernden Einreden zur besonderen Ausführung, so wie endlich dafür, daß die über das Interdict gefällte Entscheidung für die Entscheidung über Ungiltigkeit und Anfechtbarkeit der alienatio in fraudem creditorum bei der Pauliana actio nicht präjudiciell sei[110]), dieselben Gründe, wie bei vorher erwähnten Rechtsmitteln zur Erlangung des Besitzes.

4) Das interdictum quod legatorum geht auf Erlangung des Besitzes; über das Recht des Legatars wird nach ausdrücklicher Aeußerung der römischen Rechtsquellen dabei nicht entschieden, vielmehr findet darüber besondere Verhandlung und Entscheidung statt[111]). Bei dem aus den Quellen selbst hervorgehenden rein possessorischen und provisorischen Character des Interdictes ist die Meinung der Practiker über das hierbei einzuschlagende summarische Verfahren wohl begründet, wogegen für das Zureichen einer bloßen Bescheinigung im Sinne eines halbvollen Beweises kein genügender Grund gefunden werden kann, weder für das Erbrecht des Klägers, noch für den Besitz des Beklagten.

B. Verhältniß des possessorischen Streites zum petitorischen[112]). AA. Ueber die Zulässigkeit des Ueberganges vom Possessorium zum Petitorium gelten folgende Regeln: 1) Der im possessorischen Streite unterliegende Theil darf, weil die in demselben gefällte Entscheidung der des petitorischen Streites nicht präjudicirt, wegen desselben Gegenstandes eine petitorische Klage gegen denselben Gegner anstellen[113]). Hinsichtlich des in einem remedium retinendae und recuperandae possessionis unterliegenden Theiles ist die Zulässigkeit des Ueberganges zum Petitorium außer Zweifel und selbst dann, wenn

---

109) Schmid, Civilproc. §. 195.

110) Schmid a. a. O.

111) L. 1. §. 2. D. (43. 3.) Löhr, im Arch. f. civil. Prax. Bd. XII, S. 92.

112) S. besonders Bayer, summ. Proc. §. 73—79. Schmid, Civilproc. §. 196.

113) L. 14. §. 3. D. (44. 2.) cap. 7. X. (2. 12.)

die Partei im possessorium ordinarium, um ihren Besitz als einen besseren, rechtmäßigeren darzustellen (pro coloranda possessione) ihren Rechtstitel angeführt und zu beweisen unternommen hat, dennoch aber unterliegt, kann sie zu dem Petitorium übergehen, weil die Berufung auf das Recht nur den Zweck hatte, ihren Besitz als fehlerfrei, den Besitz des Gegners als fehlerhaft darzustellen und die Entscheidung nur insoweit in diesem Processe, nicht aber definitiv über das Recht gefällt wird[114]. Ob bei den auf Erlangung des Besitzes gerichteten Interdicten Uebergang zu der betreffenden petitorischen Klage stattfinde, ist hinsichtlich des interdictum quorum bonorum und des interdictum Salvianum aus dem Gesichtspunkte des justinianeischen Rechtes sehr bestritten; die Praxis läßt den Uebergang zu[115]. 2) Der im possessorischen Streite unterliegende Theil muß, ehe er zum Petitorium übergeht, das im Besitzstreite gefällte Urtheil allenthalben erfüllen, widrigenfalls der Gegner, bis dem Urtheil genügt ist, die Einlassung auf die petitorische Klage verweigern kann[116]. 3) Aus der Zulässigkeit des Ueberganges einer im Besitzstreite unterliegenden Partei zum Petitorium folgt noch vielmehr das Recht des Klägers, den noch unvollendeten Besitzstreit fallen zu lassen und nun zur petitorischen Klage überzugehen; doch muß er dem Gegner die durch die bisherigen Verhandlungen im Besitzstreite erwachsenen Kosten ersetzen[117]. BB. Was den Uebergang

---

114) Bayer a. a. O. §. 73. Note 4. Schmid a. a. O. Die Ausnahmen, welche das interdictum de itinere actuque privato reficiendo und das interdictum de aqua ex castello ducenda zu bilden scheinen, sind in der That keine solche, weil bei diesen Interdicten nicht blos der Besitz, sondern das Recht selbst Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung ist. Denn bei dem ersteren Interdicte hat der Kläger sein ius reficiendi und als Grund desselben die Servitut selbst sowie den Besitz derselben nachzuweisen, und es wird ihm nach erbrachtem Beweise das Recht der Servitut selbst zuerkannt, wie bei der confessoria actio. L. 2. §. 2. D. (43. 1.) L. 3. §. 13. 14. D. (43. 19.) Bei dem letzteren Interdicte wird ebenfalls zugleich über das Recht entschieden. L. 1. §. 45. D. (43. 20.) Es kann daher hier nicht nach der Entscheidung über das Interdict noch eine petitorische Klage erhoben werden. Bayer a. a. O. §. 73, Note 7.

115) Da die Praxis, welche bei beiden Interdicten nur eine vorläufige Erörterung des Rechtspunktes zum Behuf der Erlangung des Besitzes zuläßt, die definitive Entscheidung über das Recht aber dem Petitorium vorbehält, als gewohnheitsrechtliche Auffassung der Interdicte zu betrachten ist, wie Leist bei dem interdictum quorum bonorum dargethan hat, so ist dadurch auch der Uebergang zum Petitorium, wie ihn die Praxis annimmt, gerechtfertigt.

116) Boehmer, Ius eccl. Protest. Lib. II. Tit. XII. §. 12. Bayer a. a. O. §. 74. Schmid a. a. O. Diese Meinung der Practiker hat kein Gesetz für sich. Sie hat indessen wohl ihren guten Grund darin, daß schon das römische Recht den gegen die in Besitzstreitigkeiten gefällten Erkenntnissen eingewendeten Rechtsmitteln den Suspensiveffect versagt. L. 1. C. (7. 69.)

117) Daran kann selbst die Eigenthümlichkeit des poss. ordinarium und summarium, daß sie gleich dem interdictum uti possidetis und utrubi iudicia duplicia sind, nichts ändern; denn der Beklagte erhält durch den Verzicht des Klägers auf den Besitzproceß wenn auch nicht den Besitz definitiv zugesprochen, doch wenigstens seinen Besitz dadurch von seiten des Klägers bis zur rechtskräftigen

vom Petitorium zum Possessorium anlangt, so kann die Partei, welcher im petitorischen Rechtsstreite ein Recht an dem Streitgegenstande wirklich rechtskräftig zuerkannt worden ist, der mit dem zuerkannten Rechte unvereinbaren possessorischen Klage des Gegners die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensetzen. Umgekehrt ist die Erhebung einer possessorischen Klage von seiten der Partei, welcher ein Recht am Streitgegenstande rechtskräftig aberkannt worden ist, wenn ihr Besitzanspruch mit dem Nichtdasein des ihr aberkannten Rechtes nicht zu vereinigen ist, unstatthaft [118]). Dem Kläger steht auch das Aufgeben des erhobenen petitorischen Rechtsstreites und die Erhebung possessorischer Klage frei, weil ihm selbst bei definitiver Abweisung im petitorischen Streite hinsichtlich der Verfolgung des possessorischen Anspruches die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegenstehen würde [119]). CC. Die Verbindung (Cumulation) des possessorischen

---

Entscheidung im Petitorium anerkannt; er hat mithin kein Interesse, auch wenn er sich selbst im Besitzstreite auf seinen Besitz berufen hätte, auf weiterer Verhandlung und Entscheidung über den Besitzstreit zu bestehen.

118) Schmid a. a. O. Der Grundsatz „petitorium absorbet possessorium", auf welchen gestützt manche Practiker nach definitiver Entscheidung des petitorischen Rechtsstreites eine possessorische Klage für unstatthaft halten, ist in dieser Ausdehnung unrichtig und nur dann anwendbar, wenn in dem petitorischen Rechtsstreite einer Partei das fragliche Recht wirklich zugesprochen worden ist. Bayer a. a. O. §. 75.

119) L. 18. §. 1. D. (43. 12.) L. 12. §. 1. D. (41. 2.) Denn aus der bloßen Abweisung der Vindication des Klägers entsteht für den Beklagten weder gegen ein remedium retinendae, noch recuperandae possessionis des Klägers die exceptio rei iudicatae, weil durch die Aberkennung des Eigenthums des Klägers nicht der Besitz aberkannt wird, auch es möglich ist, daß der Kläger zwar mit der Vindication unterliegt, er aber dennoch immer noch mit der Publiciana in rem actio im petitorischen Streite siegen kann. Der Uebergang des Klägers von der Vindication zu einem remedium retinendae possessionis könnte zwar deshalb unstatthaft erscheinen, weil der Kläger durch Anstellung der Vindication, welche nur der Nichtbesitzer erheben kann, zugibt, daß der Gegner den Besitz habe, mithin sich widersprechen würde, wenn er sich doch possessorisch klagend den Besitz beilegt; allein weil der wirkliche Besitzer bei Anstellung der Vindication entweder über seinen Besitz oder über den Grundsatz, daß der Besitzer nicht vindiciren könne, im Irrthum sein konnte, wurde von den römischen Juristen aus der Erhebung der Vindication kein Aufgeben des Besitzes gefolgert und daher dem Vindicanten der Gebrauch des interdictum uti possidetis gestattet. Savigny, Recht des Besitzes S. 16, 39, 422 f. 6. Ausg. Dagegen hält Bayer a. a. O. §. 75 nach dem canonischen Rechte einen Uebergang vom Petitorium zum Possessorium von seiten des Klägers nur bei den Rechtsmitteln zur Erlangung und Wiedererlangung des Besitzes für statthaft, nicht aber bei den Rechtsmitteln zum Schutze des blos gestörten Besitzes, und auch bei den ersteren nur so lange, als im petitorischen Streite die conclusio causae noch nicht erfolgt ist, außer wenn der Richter noch jetzt aus besonderen Gründen einen solchen Uebergang verstattet. Allein die einschlagende Stelle, cap. 5. X. (2. 12.) handelt nicht vom Uebergange zum Possessorium nach aufgegebenem Petitorium, sondern von der Cumulation possessorischer und petitorischer Ansprüche. Schmid, Civilproceß §. 196, Note 7.

und petitorischen Streites ist denkbar: 1) durch gleichzeitige Verfolgung des Besitzes und des Rechtes in demselben Klagvortrage oder 2) dadurch, daß der Beklagte, ungeachtet der Kläger nur eines von beiden ausdrücklich zum Gegenstande der Klage gemacht hat, das andere mit hereinzieht. Die erstere Art der Cumulation ist im römischen Rechte weder verboten, noch ausdrücklich zugelassen[120]). Schon einzelne Glossatoren erklärten sich aber dafür[121]); daher das canonische Recht, welches eine Bestätigung dieser Ansicht schon im römischen Rechte zu finden vermeinte[122]), sich im allgemeinen für die Zulässigkeit der gleichzeitigen Verbindung possessorischer und petitorischer Anträge entschied[123]), jedoch mit Ausnahme der Verbindung eines remedium retinendae possessionis mit der Vindication, welche für unstatthaft erklärt wurde[124]). Die Praxis hat davon abweichend wenigstens eine eventuelle Verbindung letzterer Rechtsmittel zugelassen[125]). Der Zweck und die Natur des poss. summarium schließen im Falle der Verbindung desselben mit dem Petitorium eine Verzögerung des ersteren durch die Verhandlung über das letztere aus[126]). Ueber die Cumulation und den Zeitpunkt, bis zu welchem solche zulässig ist, entscheiden die gewöhnlichen Regeln[127]). Nicht zu rechtfertigen ist die von manchen Practikern dem Richter gestattete Ermächtigung, in dem vom Kläger eingeleiteten possessorischen Processe ohne des Klägers Antrag endgiltig auch über das Recht zu entscheiden, wenn dasselbe im possessorischen

---

120) Gegen die Cumulation werden angeführt L. 13. C. (3. 32.) L. 3. C. (8. 1.) Diese Stellen scheinen sich aber nur auf den Fall des bei der Vindication streitigen Besitzstandes zu beziehen, welcher, um die Rolle des Klägers und des Beklagten im Vindicationsprocesse zu bestimmen, vorher festgestellt werden soll; sie bestimmen daher, daß über die interdicta retinendae possessionis vorher verhandelt und entschieden werden soll. Die für die Cumulation angeführte Stelle, L. 18. §. 1. D. (43. 16.), spricht nicht von einer gleichzeitigen Verbindung der Vindication und des interdictum de vi, sondern entscheidet nur die Frage, ob der Vindicant, welcher auch selbst das Interdict hätte gebrauchen können, während des Vindicationsprocesses „pendente iudicio", noch das Interdict anstellen könne. Bayer a. a. O. §. 76, Note 1. Schmid a. a. O. §. 196, Note 8.

121) Glosse zu L. 18. §. 1. D. (43. 16.)

122) Cap. 2. 5. X. (2. 12.)

123) Cap. 2. 3. 4. 5. 6. X. (2. 12.)

124) Cap. 5. X. (2. 12.)

125) Bayer a. a. O. §. 76. Linde, Civilproc. §. 347. Schmid a. a. O. §. 196.

126) Bayer a. a. O. Schmid a. a. O.

127) Dem canonischen Rechte ist zwar wegen der dort nicht anerkannten Eventualmaxime die Beschränkung der Cumulation auf den Zeitpunkt der Litiscontestation unbekannt; es verstattet jedoch nicht eine Verbindung des possessorischen Anspruches mit dem für spruchreiferklärten Petitorium zu dem Zwecke der Verschiebung der Entscheidung des Petitoriums bis zur Spruchreife des Possessoriums, außer wenn der Richter aus besonderen seinem Ermessen anheim gegebenen Gründen eine Ausnahme verstattet. Cap. 5. X. (2. 12.) Schmid a. a. O. Note 13.

Processe thatsächlich begründet und erwiesen vorliege; denn diese Ermächtigung ist einestheils mit der Verhandlungsmaxime, vermöge welcher der Richter nicht Anträge, welche von den Parteien hätten ausgehen müssen, substituiren darf, anderntheils mit dem Rechte des Beklagten auf vollständige Vertheidigung unvereinbar[128]). Im zweiten Falle der Cumulation, wenn der Beklagte dem possessorischen Anspruche des Klägers einen selbstständigen petitorischen Anspruch entgegenstellt, muß nach dem römischen Rechte zuerst über den possessorischen Anspruch allein verhandelt und entschieden werden[129]). Das canonische Recht scheint aber diese Art der Verbindung beider Processe nicht schlechthin für unzulässig gehalten zu haben[130]). Es ist aber in diesem Falle in folgender Weise zu unterscheiden: a) Ist vom Kläger blos ein possessorisches Rechtsmittel angestellt worden und zwar aa) die Spolienklage, welcher Beklagter mit einem petitorischen Antrage entgegentritt, so braucht sich Kläger auf letzteren nicht einzulassen, sondern es ist auf sein Verlangen zuvörderst der Spolienproceß zu verhandeln und zu entscheiden[131]). Bei freiwilliger Einlassung des Klägers auf die petitorische Wiederklage, welche, wenn sie die rei vindicatio ist, nur eine eventuelle sein kann, weil der Beklagte die von ihm als Eigenthum in Anspruch genommene Sache bereits besitzt, können beide Processe gleichzeitig verhandelt werden[132]). bb) Ist vom Kläger ein remedium retinendae possessionis angestellt, so ist mit dem von ihm erhobenen poss. summarium nach dessen Natur und Zweck eine gleichzeitige Verhandlung einer petitorischen Wiederklage unvereinbar[133]), sollte auch Kläger in

---

128) Gegen einen vom Kläger gleich anfangs ausdrücklich gestellten petitorischen Antrag kann und muß sich der Beklagte vollständig vertheidigen; zieht aber der Kläger den Rechtsstand blos zu dem Zwecke der günstigeren Darstellung seines Besitzes (pro coloranda possessione) in den possessorischen Streit mit hinein, so hat auch der Beklagte nur zur Vertheidigung in dieser Richtung Veranlassung und bezüglich Verpflichtung. Bayer a. a. O. §. 76, N. 8. Mittermaier, summ. Proc. S. 331. Schmid a. a. O.

129) L. 13. C. (3. 32.) L. 1. C. (7. 62.) L. 3. C. (8. 1.)

130) Cap. 2. 6. X. (2. 12.) Diese Stellen drücken sich nämlich so allgemein aus, daß man auch den Fall eines vom Beklagten gegen den possessorischen Anspruch des Klägers versuchten petitorischen Gegenangriffes darunter subsumiren kann. Bayer a. a. O. §. 77, Note 5.

131) Dies beruht auf den bekannten Bestimmungen des canonischen Rechtes. Cap. 4. X. (2. 10.), cap. 22. fin. X. (1. 29.) Auch petitorische Einreden werden hier nicht zugelassen. Cap. 5. 7. X. (2. 13.)

132) Cap. 1. X. (2. 13.)

133) Bayer a. a. O. §. 77, Note 7 leitet dies aus der Gefahr gewaltsamer Auftritte, wodurch das poss. summarium bedingt ist, ab. Wenn man aber, wie dies die Praxis thut und es in den Ländern des sächsischen Processes durchgehends der Fall ist, dieses Erforderniß bei dem poss. summarium nicht berücksichtigt, so ist schon die Verschiedenheit der Proceßart ein Hinderniß der gleichzeitigen Verhandlung. Denn eine petitorische Wiederklage eignet sich regelmäßig nur zur Verhandlung im ordentlichen Processe. Wollte auch Wiederkläger in summarische Verhandlung der Wiederklage willigen und dies

solche willigen[134]). Bei angestelltem poss. ordinarium ist die Einmischung petitorischer Momente dem Beklagten nur dazu gestattet, um den Besitz des Klägers als fehlerhaft darzustellen; eine petitorische Widerklage ist aber dagegen unstatthaft und über solche erst nach vollständiger Erledigung des Possessoriums und vollständiger Befolgung der darin gefällten Entscheidung zu verhandeln[135]). cc) Bei einem angestellten remedium adipiscendae possessionis werden, obgleich das canonische Recht auch dem Beklagten die Einmischung des Petitoriums zu gestatten scheint[136]), nach der Praxis petitorische Anträge des Beklagten zur besonderen Ausführung verwiesen, weil der Kläger eine Verzögerung des possessorischen Streites durch die gleichzeitige Verhandlung des langsameren petitorischen nicht zu dulden braucht[137]). b) Gegen eine erhobene petitorische Klage ist, weil das Possessorium schneller verhandelt wird, die gleichzeitige Geltendmachung einer possessorischen Widerklage im allgemeinen durch den Verzicht des Widerklägers auf den summarischen Proceßgang des Possessoriums möglich und bei einem vom Beklagten reconveniendo erhobenen remedium retinendae possessionis durch jenen Verzicht ohne Zweifel statthaft[138]). Dagegen ist der Gebrauch eines interdictum adipiscendae possessionis gegen eine denselben Gegenstand betreffende petitorische Klage undenkbar, weil Beklagter mit letzterer Klage nicht anders belangt werden konnte, als wenn er sich im Besitze des Gegenstandes befand, mithin schon hat, was durch das Interdict erlangt werden soll[139]). Derselbe Grund steht dem Gebrauche der Spolienklage als Widerklage von seiten des Be-

---

ausdrücklich erklären, so kann doch Kläger dazu nicht genöthigt werden, da er im ordentlichen Processe viel mehr Zeit zur Vertheidigung und zum Beweise seiner Einwendungen hat, welche ihm durch die vom Widerkläger beantragte summarische Verhandlung nicht verkümmert werden darf.

134) Diese Einwilligung entspricht nämlich dem ursprünglichen Zwecke des poss. summarium.

135) L. 13. C. (3. 32.) L. 3. C. (8. 1.) Cap. 5. X. (2. 12.) Dies gilt auch in der Praxis. Bayer a. a. O. §. 77 findet in der Anerkennung dieses Grundsatzes von seiten der Praxis einen Widerspruch darin, daß, während die eventuelle Cumulation des Petitoriums mit einem remedium retinendae possessionis dem Kläger gestattet wird, dieselbe ungeachtet der Duplicität des Interdictes doch dem Beklagten versagt wird; allein es ist dabei übersehen, daß der Beklagte nicht, wie der Kläger, zum Behufe der gleichzeitigen Verhandlung des Petitoriums der summarischen Verhandlung des Possessoriums entsagen kann. Schmid a. a. O. Note 22.

136) C. 2. X. (2. 12.)

137) Schmid a. a. O.

138) Arg. cap. 2. X. (2. 12.) Die Vindication des Klägers und das remedium retinendae possessionis des Beklagten sind auch nicht unvereinbar, weil eine Störung des mit der Vindication Angegriffenen von seiten des Vindicanten im Besitze möglich ist. Bayer a. a. O. §. 78, Note 5. Schmid a. a. O.

139) Dagegen können, wenn die Gegenstände des Interdictes und der petitorischen Klage verschieden sind, beide Rechtsmittel verbunden werden.

klagten gegen eine denselben Gegenstand betreffende petitorische Klage entgegen[140]). Der Gebrauch der Einrede des Spoliums von seiten des Beklagten richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln[141]). DD. Die zulässige oder von der zum Widerspruche dagegen berechtigten Partei ausdrücklich oder stillschweigend zugelassene Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites bewirkt processualisch zunächst Verhandlung und Vorbereitung beider Sachen zur Entscheidung in denselben Acten[142]). Die Entscheidung über beide Sachen ist, wenn beide gleichzeitig dazu reif sind, in demselben Urtheil zu fällen, zuerst über den Besitzstand, dann über den Rechtsstand; die über das Petitorium gefällte Entscheidung ist aber zuerst zu vollziehen[143]). Wegen der angeordneten früheren Vollziehung des über das Petitorium gefällten Erkenntnisses hat der Sieg im Possessorium für den im Petitorium unterliegenden Theil keinen wirklichen Nutzen; daher wird in der Praxis nicht blos die Vollziehung des Spruches im Possessorium, sondern auch die Entscheidung selbst über den Besitz ganz unterlassen[144]). Bei früherer Spruchreife des Possessoriums vor dem Petitorium kann über ersteres vorläufig allein entschieden werden[145]). Der im Petitorium aufgetretene Kläger hat nun, wenn er im Possessorium gesiegt hat, zur Fortsetzung des Petitoriums keine Veranlassung, weil er durch den Sieg im Besitzstreite der Nachweisung seines Rechtes überhoben wird; unterliegt er aber im Possessorium, so darf er Fortsetzung und Entscheidung des Petitoriums verlangen, um durch den Nachweis seines Rechtes eine Verurtheilung seines im Besitzstreite siegenden Gegners bewirken zu können[146]). Ist endlich das Petitorium vor dem Possessorium zur Entscheidung reif, so hängt die Fortsetzung des letzteren davon ab, ob durch das Urtheil über das Petitorium einem der streitenden Theile das fragliche Recht wirklich zuerkannt werden kann, oder ob nach der gepflogenen Verhandlung der petitorische Kläger abzuweisen ist, z. B. wegen Mangel des Beweises. Im ersten Falle wird nach der in der Praxis aufgestellten Regel: petitorium absorbet possessorium sofort über das Petitorium erkannt und dadurch eine Fortsetzung des noch nicht beendigten Besitzstreites überflüssig; im zweiten Falle ist die

---

140) Bei Verschiedenheit der Objecte beider Klagen kann der Beklagte die Spolienklage als Wiederklage brauchen und gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung derselben mit der Vorklage verlangen. Cap. 2. X. (2. 10.) Dies ist aber nur durch Verzicht des Beklagten auf die schnellere Verhandlung der Spolienklage möglich.

141) S. Heimbach jun. im Rechtslexikon Bd. V, S. 798—801.

142) Cap. 2. X. (2. 12.)

143) Cap. 6. X. (2. 12.) Cf. cap. 3. X. eod.

144) Bayer a. a. O. §. 79. Die Practiker drücken dies durch die Regel aus: petitorium liquidum absorbet possessorium. Siehe darüber Gesterding, Nachforschungen I, Note 6.

145) Cap. 2. X. (2. 12.), cap. 36. X. (2. 20.)

146) Bayer a. a. O. §. 79, Note 7, 8.

Aussetzung der Entscheidung im Petitorium, die völlige Aushandlung des Possessoriums und die gleichzeitige Entscheidung über beide angemessen, weil auch bei einer früheren Entscheidung über das Petitorium dennoch Fortsetzung des Possessoriums mit Recht verlangt werden könnte[147]). Heimbach sen.

Prävarication.[1]). Dieses Verbrechen steht im engsten Zusammenhange mit dem römischen Anklageverfahren. In der Regel kam es dergestalt vor, daß derjenige, welcher eines Verbrechens angeklagt, jedoch freigesprochen worden war, dann, wenn anderweit gegen ihn eine Anklage wegen desselben Verbrechens erhoben wurde, sich gegen sie mit der Einwendung (Präscription), daß er bereits hierunter eine Freisprechung erlangt habe, zu schützen versuchte und hierdurch dem neuen Ankläger, wenn dieser die Anklage fortzustellen gemeint war[2]), die Nothwendigkeit auferlegte, gegen den früheren Ankläger mit der Beschuldigung, daß derselbe eine Prävarication begangen habe, aufzutreten[3]). Diese Beschuldigung ging dahin, daß der Ankläger pflichtwidrig den Angeklagten begünstigt und dadurch die Freisprechung oder eine mildere Beurtheilung desselben, als er verdient hatte, herbeigeführt habe. Die Prävarication konnte sowohl durch Nichtbenutzung einzelner Beweismittel und ähnliche Unterdrückungen der Wahrheit, als auch durch Annahme ungenügender Entschuldigungen und sonstige Begünstigungen des Entlastungsbeweises begangen werden. Die Prävarication ist mit der Strafe bedroht, von welcher der Angeklagte durch die widerrechtliche Begünstigung befreit worden ist[4]), sowie dem Verluste des Rechtes, künftig als Ankläger wieder auftreten zu können[5]) und, dafern die Anklage in iudicio publico erhoben worden war[6]), mit der Infamie. Die processualische Wirkung dieser Anschuldigung bestand darin[7]), daß die neue accusatio nicht eher fortgestellt wurde, bis nicht

---

147) Arg. cap. 5. X. (2. 12.) Clem. un. (2. 3.) Bayer a. a. O. §. 79.

1) Dig. de praevaric. (47. 15.) — Henke, Handbuch Theil III. §. 157. v. Wächter, Lehrb. §. 209. Feuerbach, Lehrb. ed. Mittermaier, §. 425. Martin, Lehrb. §. 243. Abegg, Lehrb. §. 503 flg. Heffter, §. 402 flg. Tittmann, Handb. §. 497. Marezoll, über d. bürgerl. Ehre 2c. S. 137.

2) Das Liegenlassen (Desistiren von) der Anklage wurde durch das Sct. Turpillianum nur mit einer Geldbuße geahndet. Vergl. insbes. noch L. 1. §. 14. ad Sct. Turpill. (48. 16.) L. 3. §. 3. h. t.

3) Das Wort Praevaricatio stammt — nach Labeo's Erklärung in L. 1. pr. h. t. — a varia certatione; nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quin immo ex altera. Vergl. auch L. §. 4 de his qui not. infam. — L. 212 de V. S. —

4) L. 6. h. t.

5) Eine gleiche Folge trat auch bei den übrigen Arten der temeritas accusatorum ein, nämlich bei der calumnia und tergiversatio (vergl. L. 1. pr. §. 1. 2. ad Sct. Turp. u. L. 5. h. t.)

6) Vergl. hierüber bes. Marezoll a. a. O.

7) L. 3. pr. §. 1. h. t.

in demselben iudicium publicum über die praevaricatio des früheren accusator entschieden war.

Beschränkten sich diese Bestimmungen zunächst auch nur auf die iudicia publica ordinaria, insbesondre was die Infamie anlangt[8]), so kann doch nicht in Abrede gestellt werden[9]), daß in Folge der Jurisprudenz wenigstens bei den iudicia extraordinaria über den praevaricator eine außerordentliche Strafe verhängt wurde[10]).

Jedenfalls ist das Verbrechen der Prävarication in diesem Sinne für uns nicht mehr practisch. Denn eine freiwillige Anklage, wie sie der römische Strafproceß kannte, kommt nicht mehr vor und insbesondre kann der Denunciant um so weniger einem accusator des römischen Rechtes gleichgestellt werden, als der Denunciant die Thätigkeit des Richters nur auffordert, ohne eine selbstständige Theilnahme an der Untersuchung selbst und der Beweisaufnahme zu entwickeln. Begeht dagegen der vom Staate angestellte Ankläger eine Pflichtwidrigkeit durch widerrechtliche Begünstigung eines Angeklagten, so ist sein Vergehen eine Pflichtwidrigkeit, eine Verletzung der Amtspflicht und als solche zu bestrafen.

Das römische Recht spricht im allgemeinen noch von dem advocatus, welcher non proprie als praevaricator bezeichnet werden könne, jedoch sive privato iudicio, sive publico praevaricatus sit[11]). Auf Grund dieser Bestimmung wird bereits für das römische Recht von den Rechtsgelehrten zwischen eigentlicher (ursprünglicher) und uneigentlicher (abgeleiteter) Prävarication unterschieden. Die erstere wird von dem Ankläger in der oben entwickelten Maße, die letztere von demjenigen begangen, welcher, verpflichtet die streitigen Rechte einer Person zu vertreten, dieser zum Nachtheil die Gegenpartei vorsätzlich begünstigt[12]).

Die Carolina bestimmte in Art. CXV. („Straff der Procuratorn, so ihren Parthepen zum Nachtheil, gefährlicher, fürsetzlicher Weiß den Widertheilen zu Gut handeln"): „So ein Procurator fürsetzlicher gefährlicher Weiß seiner Parthey in bürgerlichen und peinlichen Sachen zum Nachtheil und dem Widertheile zu gut handelte, und solcher Uebelthat überwunden würde, der soll zuförderst seinen Theil nach allem Vermögen seinen Schaden, so er solcher Sachen halben empfäht, widerlegen, und darzu in den Pranger oder Halseisen gestellt, mit Ruthen ausgehauen, des Lands verboten, oder sonst nach Gelegenheit der Miß-

8) L. 1. §. 1. h. t. — Marezoll a. a. O.

9) Wächter a. a. O.

10) L. 1. §. 1. L. 3. pr. h. t. Die erstere Stelle spricht allerdings zunächst nur von dem advocatus.

11) L. 1. §. 1 h. t. Ob die nächstfolgenden Worte hoc est, prodiderit causam, die allerdings ziemlich stark den Stempel der Unächtheit tragen, falsch sind, kann hier dahin gestellt bleiben.

12) Feuerbach a. a. O.

handlung in andere Weg gestrafft werden[13])." Daß diese Bestimmung, wenngleich sie ausdrücklich nur des Procurators erwähnt, auch auf den Advocaten, von dem schon das römische Recht ganz allgemein spricht, Anwendung leide, ist nicht zu bezweifeln[14]), und es haben selbst einzelne Rechtslehrer[15]), jedoch ohne Grund, die Anwendung auf noch andere Personen, welchen die Fürsorge für die Rechte und Interessen Anderer anvertraut ist, vertheidigt[16]).

Die meisten der neueren Gesetzgebungen kennen kein besonderes Verbrechen der Prävarication, sondern fassen die hierher gehörigen Fälle unter dem Gattungsbegriffe der Pflichtwidrigkeiten öffentlicher Beamten rc., der Dienstverletzungen u. dergl. auf[17]).

Wenn wir den Thatbestand dieses Verbrechens nach gemeinem Rechte feststellen wollen, so ist als Subject des Verbrechens jede Person zu bezeichnen, welche vermöge ihres amtlichen Berufes und des ihr deshalb ertheilten Auftrages die Angelegenheiten einer Person vor Gericht, einem Dritten gegenüber, zu vertreten hat. Das characteristische Merkmal liegt nun in dem Verrathe dieser übernommenen Pflicht zu Gunsten des Gegners.

Keineswegs ist daher der Begriff des Verbrechens auf Proceßsachen zu beschränken. Vielmehr kann dasselbe auch in Bezug auf andere Angelegenheiten begangen werden, dafern dieselben nur von der Art sind, daß bei ihnen ein collidirendes Rechtsinteresse eines Dritten in Frage kommt. Der Käufer, welcher von seinem Sachwalter, dessen Rath und Hilfe er in Anspruch genommen hat, einen unrichtigen Rath in der Absicht, hierdurch dem Verkäufer einen außerdem nicht zu beanspruchenden Vortheil zuzuwenden, erhalten hat, wird sich allerdings wegen Prävarication seines Sachwalters über diesen beschweren können. Es liegt dies in der Natur des ganzen Verhältnisses und es erscheint daher eine ungerechtfertigte Beschränkung, wenn einzelne Rechtslehrer lediglich von streitigen Rechtssachen[18]) sprechen. Auch hier handelt es sich um ius suggerere und um diversam partem adiuvare prodita causa sua.

---

13) Vergl. Kress, ad h. art. in Verb. mit Clasen, comm. ad h. art. und Meckbach, Anm. z. P. H. G. O. S. 208 flg.

14) Vergl. Kress l. c. §. 1. not. 2. Böhmer, ad C. C. C. §. II. Martin, Lehrb. §. 235. Heffter, Lehrb. §. 404, Anm. 1. Roßhirt, Geschichte u. Syst. d. teutsch. Strafverf. Bd. III, S. 60 flg.

15) Vergl. z. B. Stelzer, Lehrb. §. 679. Tittmann, §. 518.

16) Vergl. hierüber Wächter a. a. O. S. 403. Henke a. a. O. S. 84. Die älteren Criminalgesetze (Preußens Allg. L. R. II, 20, §. 1334. Oestreichs §. 86. Bayerns v. 1813 Art. 296) sprechen auch nur von Sachwaltern.

17) Vergl. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O.

18) Vergl. z. B. Feuerbach und Martin a. a. O. Grolman, §. 297. Dagegen Wächter a. a. O. Roßhirt, Lehrb. §. 229. Dorn, pract. Commentar, I. §. 166. Tittmann, §. 498. Henke a. a. O. Vergl. noch Anm. z. Bayer, Straf-G.-B. Bd. II, S. 324, 325.

Die Prävarication kann auf verschiedene Weise erfolgen. Durch Versäumung von Fristen, durch Nichtgebrauch bekannter Thatsachen und Beweismittel, durch irrige Zugeständnisse, nachtheilige Vergleiche u. dgl. m., sowie durch Mittheilung anvertrauter Thatsachen und Verhältnisse an den Gegner u. s. w. Die älteren Juristen sprachen daher von einer praevar. omittendo und faciendo [19]). Im allgemeinen ist es also die ungehörige Vertretung der Rechte der Partei, die jedoch dadurch zum Verrathe an derselben sich steigert, daß diese nachtheiligen Handlungen des Advocaten mit dem Bewußtsein ihrer nachtheiligen Wirkung, und in der Absicht dem Gegner [20]) zu nützen, vorgenommen worden sind. In dieser Absicht liegt zugleich die Voraussetzung ausgedrückt, daß der Advocat zu seiner Handlung oder Unterlassung nicht durch den Gang des Verfahrens genöthigt wurde; z. B. wenn er bei der Antwort auf die Klage ein (der Wahrheit gemäßes) Zugeständniß ablegt. Ueberhaupt wird durch die Bestimmungen über dieses Verbrechen an der Pflicht des Advocaten, die Rechte seines Clienten nur durch würdige Mittel zu vertreten und alle Verdrehungen und Hinterziehungen der Wahrheit zu vermeiden, nichts geändert. Die Prävarication wird stets eine Verletzung der Advocatenpflicht enthalten und ist ohne dieselbe nicht denkbar. Ist die Verletzung aus bloßer Nachlässigkeit oder selbst aus einer widerrechtlichen Absicht hervorgegangen, so ist, dafern diese Absicht nicht auf eine Begünstigung des Gegners abzweckte, wenigstens keine Prävarication vorhanden. — Eine bestrittene Frage ist es, wie weit die Mittheilung solcher Einsichten, welche gesetzlich offenkundig sind, wie von Gesetzen, Rechtsgründen 2c. eine Prävarication begründe? [21]) — Roßhirt [22]) führt als Beispiel an, wenn der Advocat den Gegner auf den Ablauf des Fatales aufmerksam macht, welches dieser hätte verstreichen lassen. Liegt hierin eine Verletzung der dem Clienten schuldigen Treue? [23]) — Dergleichen Fälle lassen sich noch andere denken, wo der Advocat den durch Nachlässigkeit des Gegners erlangten Vortheil seines Clienten nicht verfolgt, sondern ihm gleichsam Restitution gewährt hat; z. B. wenn er trotz des Versäumnisses am Beweisfatale geschehen läßt, daß auf den verspäteten Beweis des Gegners weiter procedirt werde, als ob er rechtzeitig eingereicht worden. Allerdings wird hierin eine Begünstigung des Gegners, ein Aufgeben eines Vortheiles des Clienten liegen. Allein deshalb läßt sich hier noch nicht ohne weiteres eine strafbare Prävarication, ein causam adversario donare

---

19) Vergl. z. B. Meckbach l. c., Leyser, Med. ad Paud. sp. 554 med. 4.

20) Unter dem Gegner ist nicht blos der Hauptgegner, sondern auch der Intervenient, beziehendlich der Bürge, Cavent 2c., kurz Jeder zu verstehen, welcher ein Interesse gegen die Partei hat. Henke, Anm. a. a. O.

21) Vergl. insbes. Böhmer l. c. Feuerbach, §. 427. Wächter, Note e. Henke a. a. O.

22) Lehrb. §. 229 Anm. 11. Andere Beispiele s. bei Böhmer.

23) Vergl. noch Tittmann, §. 498 Anm. h.

annehmen. Hier werden die Motiven der Handlungsweise des Sachwalters entscheiden müssen. Es liegen hier Fälle vor, wo ohne Zuthun des Sachwalters durch die bloße Nachlässigkeit des Gegners ein Vortheil entsteht, auf dessen Eintritt nicht zu rechnen war, den er lediglich durch den Formalismus des Processes, nicht in Folge der Gerechtigkeit seiner Sache, erlangt. Wenn hier der Advocat erklärt, daß er von diesem Vortheile keinen Gebrauch machen wolle, da er auch ohnedem die Sache seines Clienten durchzuführen und den Sieg zu erlangen hoffe, so wird er vielleicht unklug handeln, auch, wenn er ohne ausreichende Vollmacht eine solche Erklärung abgegeben hat, zum Schadenersatze seinem Clienten verpflichtet sein, aber in keinem Falle, da eine widerrechtliche Absicht nicht vorlag, er überhaupt nicht zum Nachtheile seines Vollmachtgebers die Interessen seines Gegners zu fördern beabsichtigte, wegen Prävarication zur Verantwortung gezogen werden können [24]).

Die besondere Verpflichtung gegen seinen Clienten wird für den Advocaten durch die Uebernahme des Auftrages begründet. Es ist keineswegs erforderlich, daß die Sache bereits rechtshängig sei [25]); vielmehr wird er schon durch Ertheilung eines Rathes, um den er von dem Rechtsuchenden gebeten worden ist, bei dem Zusammentreffen der übrigen Erfordernisse der Prävarication, einer solchen sich schuldig machen. Z. B. er versichert, daß der Andere nicht nöthig habe, zur Unterbrechung der Verjährung den Schuldner zu mahnen, — wenn diese Versicherung in der Absicht erfolgte, dadurch den Schuldner zu begünstigen. Ja, es scheint consequent zu sein, auch vertrauliche Mittheilungen, welche der Rechtsuchende nur vorläufig dem Sachwalter machte, damit dieser sich über die Annahme des Auftrages erklären könne, hierher zu zählen [26]). Denn auch diese Mittheilungen sind ihm im Vertrauen auf seine öffentliche Stellung gemacht worden, und ein Gebrauch derselben zu Gunsten des Gegners ist offenbar eine Verletzung des dem Advocaten gezeigten Vertrauens [27]). Die Frage, ob der Advocat dem Gegner nunmehr in

24) Tittmann bemerkt dagegen (§. 498 Anm. b.), daß man mit gleichem Rechte dem Advocaten die processual. Schriften für beide Parteien übertragen könnte, wenn sie nur nichts anderes enthielten, als reine Rechtsgrundsätze. Allein dieser Einwand paßt nicht. Die Darlegung der einschlagenden Rechtsgrundsätze ist keineswegs eine von jeder Parteirücksicht unabhängige Darstellung. Auch bei ihr wird der Advocat die ihm nützlich scheinenden Grundsätze in den Vordergrund stellen und die Aufsuchung der entgegengesetzten dem Gegner überlassen. Der Richter kennt allerdings das Gesetz, soll aber auch die Rechtsausführungen der Parteien beachten, die eben deshalb nicht überflüssig sind und den Richter auf alle Gesichtspunkte aufmerksam machen sollen. Außerdem wäre es consequent und besser, wenn den Advocaten untersagt würde, Rechtssätze anzuführen. Dazu kommt, daß bei der Anwendung des Gesetzes auf den Fall sehr verschiedene Meinungen sich zeigen können, so daß eine gemeinsame Vertretung beider Theile unmöglich ist.

25) Heffter, Lehrb. §. 404, Anm. 2. Anm. z. Bayer, Str.-G.-B. a. a. O.

26) Vergl. jedoch Heffter a. a. O. Feuerbach, §. 426.

27) Leyser l. c. med. 12, 13, 16 will jedoch in diesem Falle nicht eine Prä-

derselben Sache dienen könne, ist eine ganz andere. Die Uebernahme des patrocinium für diesen wird von einem anständigen Sachwalter verweigert werden [28]), sie ist aber, wenn bei ihr von jenen Mittheilungen kein Gebrauch gemacht wurde, nicht als Prävarication zu strafen.

Die Verpflichtung des Advocaten, in deren Verletzung die Prävarication besteht, bezieht sich zwar nur auf die übernommene Sache, dergestalt, daß der Advocat nicht behindert ist, dem Gegner gegen seinen Clienten oder überhaupt gegen seinen Clienten in anderen Sachen zu dienen. Dessen ungeachtet würde der Advocat einer Prävarication sich schuldig machen, wenn er bei der Führung der anderen Sache irgendwie Mittheilungen, welche ihm sein früherer Client im Vertrauen auf dessen Amtsverschwiegenheit und im Interesse seiner Sache gemacht hatte, zum Nachtheile des Letzteren gebrauchen wollte [29]).

Die bloße Rückgabe des ertheilten Auftrages ist keine Prävarication [30]). Die Civilproceßgesetze müssen dafür sorgen, daß der Advocat den Auftrag nicht zu einer Zeit und nicht in einer Weise aufgebe, wodurch der Client unmittelbar in Nachtheil gerathen könnte (z. B. Rückgabe der Vollmacht am letzten Tage des Beweisfatale, ehe der Beweis eingereicht ist).

Kann der Advocat nach zurückgegebenem Auftrage die Führung der Sache des Gegners übernehmen? [31]) — Von mehreren Seiten wird dieses Uebergehen als Prävarication bezeichnet [32]). Allein so wenig ein solches Verfahren der honestas entspricht und so sehr es zu billigen ist, wenn die Gesetzgebung dem Advocaten dasselbe untersagt, so kann doch nach gemeinem Rechte in dem patrocinium successivum eine strafbare Handlung nicht gefunden werden [33]). Es versteht sich jedoch, daß der Advocat bei der Führung der Sache nicht dasjenige zu Gunsten seines nunmehrigen Clienten benutzen darf, was ihm sein früherer Client mitgetheilt hat, so daß schon deshalb oft aus einer Uebernahme des patrocinium für den Gegner unabweisbar eine Prävarication entstehen würde, da der Advocat nicht das, was er erfahren hat, gleichsam aus seinem Gedächtnisse entfernen und unberücksichtigt lassen kann [34]).

---

varication, sondern ein falsum annehmen, wozu kein Grund vorliegt. Vergl. nach Kam.=G.=O. P. I. art. 62, 64.

28) Vergl. noch Leyser l. c. med. 7, 8 u. insbes. Böhmer l. c. §. III.

29) Vergl. noch Leyser l. c. med. 9. Böhmer l. c.

30) Wächter, Lehrb. §. 209, N. 40 d.

31) Vergl. Wächter a. a. O.

32) Vergl. bes. Hagemann, Pract. Erört. Bd. VI, Nr. XLVIII, S. 221 flg. Leyser l. c. med. 15. Grolman, Grunds. §. 297. Püttmann, El. jur. crim. §. 515.

33) L. 212. de V. S kann hierfür nicht angezogen werden, wie schon die Worte: causam adversariis suis donant immer wieder auf den Verrath in Betreff der Sache selbst hinweisen.

34) Es macht keinen Unterschied, ob der Advocat den Auftrag zurückgab oder der Client ihn zurückzog. Die Verpflichtung zur Bewahrung dessen, was

Diese Verpflichtung des Advocaten dauert auch in dem Falle fort, wenn er den Auftrag zurückgegeben und die Führung der Sache für den Gegner nicht übernommen hat[35]). Er darf die ihm von dem Clienten eröffneten Geheimnisse nicht dem Gegner mittheilen. Auch in diesem Falle würde die übernommene Verpflichtung, welche mit der Endschaft des Auftrages selbst noch nicht erlischt, zu Gunsten des Gegners des Clienten verletzt werden, und in dieser Verletzung liegt eben das Characteristische. Es kann solche Mittheilung eben so großen und nicht wieder auszugleichenden Nachtheil verursachen, als wenn der Advocat sie während des patrocinium gemacht hätte. Deshalb kann auch der Umstand nicht entscheiden, daß, wenn die Mittheilung während des patrocinium erfolgte, der Client insofern gleichsam doppelt getäuscht wird, als er während dieser Zeit gerade in dem Advocaten den Wahrer und Vertreter seiner Interessen erblickt. Der Advocat täuscht immer das damals in ihn gesetzte Vertrauen, auf dessen Bewahrung der Client auch dann noch ein Recht hat, wenn der Advocat nicht mehr die Interessen des Clienten zu vertreten und zu vertheidigen hat. Nur dieser letztere Theil der übernommenen Verpflichtung erlischt mit der Beendigung des Auftrages[36]).

Daß der Advocat die ihm bekannt gewordenen Verbrechen seines Clienten insoweit, als eine allgemeine Verpflichtung zu der Anzeige derselben durch das Gesetz eingeführt ist, der Obrigkeit anzeigen müsse, versteht sich von selbst. Die allgemeine Bürgerpflicht, welche auf höheren Interessen des Staates beruht, muß überwiegen[37]). Eine ganz andere Frage ist, ob der Advocat sich im übrigen gegen die Aufforderung, Zeugniß abzulegen, damit schützen kann, daß er von der Sache nur durch vertrauliche Mittheilung seines Clienten Kenntniß erlangt habe? Diese Frage ist jedenfalls zu bejahen. Die Pflicht zur Denunciation und zum Zeugnisse können nicht identificirt werden, da die letztere in Rücksicht auf die Gegenstände des Zeugnisses im allgemeinen eine unbeschränkte ist[38]).

---

anvertraut wurde, bleibt dieselbe. Anderer M. ist Matthaeus, de criminib. (Lib. XLVII.) Tit. VIII. Cap. I. §. 5. Vgl. dagegen Böhmer l. c. §. III. Ebenso kommt auf alle sonstigen Nebenumstände nichts an, z. B. daß der Advocat den Auftrag zurückgab, weil er die Sache für ungerecht erachtete (vgl. Böhmer l. c. Henke a. a. O.), daß der Client das Honorar nicht bezahlt hatte u. dgl. m. Die laesio fidei bleibt dieselbe, und Nachlässigkeiten, Fehler rc. des Clienten sind kein Privilegium für dieselbe. Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob der Advocat den Verrath in Folge einer Bestechung oder aus welchem anderen Grunde verübt. (Vergl. noch Anmerkungen z. B. Straf-G.-B. a. a. O.), ob er im Einverständnisse mit dem Gegner gehandelt hat (Henke a. a. O.).

35) A. Meinung sind Henke a. a. O., Quistorp, §. 427.

36) A. Meinung scheinen u. A. Tittmann, §. 498. Feuerbach, §. 426 zu sein.

37) Vergl. aber Leyser, Med. II.

38) Mit Recht dehnt z. B. die Hannov. Straf-P.-O. §. 88 diese Befreiung

Die Verletzung der Treue — der Verrath an dem Clienten — der Mißbrauch des Vertrauens zu Gunsten des Gegners ist das strafbare Moment. Daher kann die Consummation des Verbrechens nicht von dem Eintritte eines Schadens abhängig gemacht werden [39]). Ebenso unrichtig ist es, die Grundsätze von dem Betruge oder dem Falsum anwenden zu wollen [40]). Die Prävarication ist ein selbstständiges Verbrechen, dessen Thatbestand nur aus der Natur desselben selbst entwickelt werden kann.

Wie schon das römische Recht nur eine arbiträre Strafe androhte [41]), so ist solches auch nach der Carolina anzunehmen [42]) und die spätere Praxis [43]) hat auf Geld= oder Gefängnißstrafe oder auf Suspension oder Remotion von der Advocatur erkannt.

Für das heutige Recht kann nur wiederholt werden, daß die anderen Gesetzgebungen dieses Verbrechen als ein besonderes nicht kennen, vielmehr lediglich im allgemeinen von Pflichtverletzungen in besonderen Verhältnissen, Dienstverbrechen ꝛc. handeln und nun Advocatenordnungen und ähnliche Gesetze näher bestimmen müssen, wie weit die Pflichten des Advocaten gegen seine Partei, gegenüber der anderen Partei, gehen. In diesen Gesetzen werden auch für die leichteren Fälle Ordnungsstrafen bestimmt werden können, wenn man es nicht vorzieht, alle solche Pflichtwidrigkeiten des Advocaten, insofern nicht durch besondere Umstände sie einen criminellen Character noch erhalten, mit Ordnungsstrafen zu bedrohen, welche jedoch bis zur Suspension und Remotion ansteigen können.

Nach römischem Rechte verliert die Partei, welche den Advocaten des Gegners zur Prävarication bestimmte, den Proceß, mit Ausnahme der Ehr= und Strafsachen wegen des dabei concurrirenden öffentlichen

---

von der Pflicht zum Zeugnisse auf die auf der Expedition des Vertheidigers arbeitenden Personen rücksichtlich dessen, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden ist, aus. Auch läßt sich die Befreiung nicht auf die von dem Angeklagten gemachten Mittheilungen beschränken, da auch Dritte zu Gunsten des Angeklagten dem Vertheidiger in Rücksicht auf diese Stellung Mittheilungen über das Verbrechen oder einzelne Umstände machen können.

39) Vergl. Roßhirt, §. 229. Tittmann, Feuerbach, Anm. z. Bay. Str.=G.=B. a. a. O. Dagegen Martin und Heffter a. a. O. Die Worte des Art. 115 der C. C. C. lassen sich für die letztere Meinung nicht anziehen. Feuerbach a. a. O. Anm. 3. Henke a. a. O.

40) Vergl. noch Henke, Handbuch §. 156.

41) L. 1. §. 1. L. 2. h. t.

42) Verb. „oder eine andere der Beschaffenheit des Verbrechens im einzelnen Falle angemessene Strafe". Wächter a. a. O. Grolman, §. 298. Henke a. a. O.

43) Quistorp, Grundsätze Th. I, §. 433. Tittmann a. a. O. Püttmann, El. iur. crim. §. 520 in Verb. mit Carpzov, decis. XCI. no. 24 und Böhmer l. c. §. VII.

Interesses[44]). Die neuere Praxis nimmt dies nicht mehr an. Den Verleiter trifft gleichfalls eine außerordentliche Strafe und der Verletzte wird, wo es angeht, gegen die Handlung seines Advocaten restituirt. Insbesondre kennt das sächsische Proceßrecht den Verlust des Processes als Strafe für die Verleitung nicht. Sch.

Preußen. Der preußische Staat ist eine Monarchie, welche aus verschiedenen, ursprünglich meistens selbstständigen, allmälig zu einem Ganzen verbundenen kleineren und größeren Herrschaften gebildet ist. Der sehr abweichend gedeutete Name[1]) ist von der jetzigen gleichbenannten Provinz, seit der Erhebung des bisherigen Herzogthums zum Königreiche im Jahre 1701, auf das ganze Staatsgebiet übertragen worden, die Grundlage der Gesammtherrschaft bildet dagegen die Mark Brandenburg.

Zum Schutze der Grenzen des Reiches gründete König Heinrich I. 930 an der Havel und Elbe die Nordmark, deren Grafen zu Solt (Salz)-wedel ihren Sitz hatten. Im Jahre 1133 erhielt Albrecht der Bär, aus dem Hause Anhalt, diese Mark vom Kaiser Lothar zu Lehn, erweiterte dann seine Besitzungen bis über Berlin hinaus und nannte sich nach der ihm mit zugefallenen Stadt Brannibor, der alten Hauptfeste der Heveller und Sitz eines Bisthums, Markgraf von Brandenburg. Schon sein Sohn Otto I. (1170—1184) wurde Erzkämmerer des teutschen Reiches und dessen Nachkommen erwarben zur Nord- oder Altmark und der Ostmark (Niederlausitz) bis zur Mitte des dreizehnten Jahrhundertes die Mittel-, Ucker- und Neumark[2]). Im Jahre 1320 erlosch der Stamm Albrechts mit dem Markgrafen Heinrich dem

---

44) L. 7. de praevar. — Grolman, §. 298. Wächter a. a. O.

1) Die Ableitung des Namens Preußen ist sehr bestritten. Gegen Joh. Voigt u. A. (s. Bender, die teutschen Ortsnamen. Siegen 1848 S. 49.), welcher das Wort von Po-Russen, d. h. die an den Russen Wohnenden, herleitet, während Manche an die Ruß, den Arm der Memel, durch den sie in's Kurische Haff mündet, denken, erklärt Cybulski (Berliner Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik 1843 Bd. II, Nr. 66—68, über F. Gottschalk in Richters preußischen Provinzial-Blättern 1839 August, 1842 Januar, Februar, 1843 April), es lasse sich der Stamm zwar mit Sicherheit nicht ermitteln, doch würde jede Ableitung und Erklärung die allein richtige Form Prus-Prusi zum Ausgangspunkte nehmen müssen. Jüngst (die volksthümlichen Benennungen im Königreiche Preußen. Berlin 1848) erklärt demgemäß, daß das Wort Pruzzen oder Pruten (Pruthen), der litthauisch-gothischen Mundart angehörig, vom altpreußischen prunta (litthauisch supranta) ich verstehe, herzuleiten sei und so viel als „Wissende" bedeute, entweder gegenüber den polnischen Nachbarn, oder als Uebersetzung des germanischen Namens der Gothen oder Widen.

2) M. s. vorzüglich für die Rechtsgeschichte Ad. Friedr. Riedel, die Mark Brandenburg im Jahre 1250, oder historische Beschreibung der brandenburgischen Lande und ihrer politischen und kirchlichen Verhältnisse um diese Zeit. Berlin 1831, 1832. 2 Bde. 8. (Preisschrift) und dazu als Anhang: Diplomatische Beiträge zur Geschichte der Mark Brandenburg. Berlin 1833. 8.

Jüngeren, worauf die Söhne Ludwigs des Bayern, Ludwig 1324, Ludwig der Römer 1352, Otto VII. 1365, die Kurmark erlangten. In Folge einer Erbverbrüderung 1363 und der Entsagung Otto's 1373 übernahm Wenzel, Carl's IV. Sohn, sogleich und 1377 Sigismund die Mark Brandenburg. Der Letztere verpfändete dieselbe an Friedrich VI. von Hohenzollern, Burggrafen von Nürnberg, antichretisch, indem er ihn „zu einem obersten und gemeinen Verweser und Hauptmann" bestellte und ihm huldigen ließ, am Mittwoch nach St. Ulrich (8. Juli) 1411. Bereits nach vier Jahren trat aber Kaiser Sigismund dem Burggrafen die noch vorbehaltene brandenburgische Kurwürde und alle Landesherrlichkeit über die Mark Brandenburg förmlich ab (vespero die Philippi et Jacobi (30. April) 1415, worauf im April 1417 die feierliche Belehnung erfolgte (Urkunde vom 18. April d. J.)[3]).

Die Bestandtheile der Herrschaft waren damals[4]): die Altmark, die Mittelmark, die Priegnitz, das Land Sternberg (Theil der Neumark), ein Theil der Uckermark, nebst der Lehensherrlichkeit über mehrere Landschaften zwischen der Elbe und Oder, zusammen etwa 425 □Meilen. Friedrich VI., als Kurfürst Friedrich I., der außerdem noch die beiden fränkischen Fürstenthümer Ansbach-Baireuth, über 100 □Meilen groß, besaß, theilte sein Gebiet unter seine vier Söhne 1440. Der älteste, Johann, erhielt Baireuth, der zweite, Friedrich II. der Eiserne, die Kurwürde nebst den Marken, der dritte, Albrecht Achilles, das Fürstenthum Ansbach, der vierte, Friedrich der Fette, die Altmark und Priegnitz. Das Hauptgebiet, die Mark, unter der Regierung meistens ausgezeichneter Fürsten und von den Umständen begünstigt, nahm seit der Mitte des funfzehnten Jahrhundertes so zu, daß durchschnittlich fast in jedem Jahrzehnt ein kleineres oder größeres Territorium demselben hinzuwuchs. Friedrich II. erwarb (1440—1470) Theile der Nieder-Lausitz (1448 flg.) und die Neumark (1454)[5]) und sein Bruder Albrecht (Achilles) (1470—1486), dem er ein Jahr vor seinem Tode

3) Die beiden Documente in Buchholz, Versuch einer Geschichte der Kurmark Brandenburg Bd. V, S. 179 flg. des Urkundenanhanges. Ueber die historischen Verhältnisse seit 1320 s. m. v. Lancizolle, Geschichte der Bildung des Preußischen Staates. Berlin und Stettin 1828. 8. Th. 1. Abth. 1. S. 232 flg.

4) v. Lancizolle a. a. O. I, 1, 264 ff. verb. Schubert, Handbuch der allgemeinen Staatskunde des preußischen Staates. Königsberg 1846. 8. Bd. 1, S. 29 f. Hier findet sich zugleich eine gute Uebersicht der Geschichte des Wachsthums der Monarchie. M. vergl. außerdem v. Raumer, Nachlese zu dem Werke des Prof. v. Lancizolle, Geschichte u. s. w., so weit solches die Mark betrifft. Berlin 1830. 8. H. v. Ohnesorge, Geschichte des Entwickelungsganges der brandenburgisch-preußischen Monarchie. Leipzig 1841. 8. W. v. Grabowski, Territorialgeschichte des preußischen Staates oder Darstellung des Wachsthums der Besitzungen des Hauses Brandenburg. Berlin 1845. 8.

5) v. Raumer, Codex diplomat. Brandenburg. contin. T. I. p. 164 sq. Gercken, Codex diplomat. Brandenburg. T. V. p. 261. Voigt, Geschichte Preußens. Bd. VIII, S. 24 flg.

(10. Februar 1471) die Regierung abtrat, Theile der Uckermark und Ansprüche auf Pommern, durch den mit Herzog Erich II. von Pommern am 3. Juni 1472 abgeschlossenen Vertrag von Prenzlau [6]). Nach dem Frieden zu Camenz am 16. September 1482 erhielt das kurfürstliche Haus die Verwaltung der Städte und Landschaften Crossen, Züllichau, Sommerfeld und Bobersberg, deren Besitzthum ihm nicht mehr entzogen wurde [7]). Albrecht's († 11. März 1486) ältester Sohn Johann (Cicero) (1486 bis 9. Januar 1499) erwarb die Herrschaft Zossen 1490, ein böhmisches Lehn [8]), Joachim I. (Nestor) (1499 bis 11. Juli 1535) die Herrschaft Ruppin, ein beim Aussterben der Grafen von Lindau 1524 heimgefallenes Lehen. Durch den Vertrag zu Grimnitz am 24. August 1529 wurden die strittig gewordenen Ansprüche auf Pommern befestigt [9]). Das Gesammtgebiet überstieg bereits 600 □Meilen.

Im Widerspruche mit einer Anordnung von Albrecht Achilles 1473 (s. unten bei der Verfassung) hatte Joachim die märkischen Besitzungen unter seine beiden Söhne Joachim II. (Hector) (1535 3. Januar 1571) und Johann von Cüstrin getheilt, indessen ohne bleibenden Schaden. Joachim legte den Grund zur bedeutenden Vergrößerung der Macht seines Hauses theils durch Einführung der Reformation, theils durch mehrere glückliche politische Verbindungen. Mit Herzog Friedrich II. von Liegnitz schloß er 1537 (Freitag nach S. Galli) eine Erbverbrüderung, nach welcher beim Erlöschen des herzoglichen Mannsstammes die schlesischen Fürstenthümer Liegnitz, Brieg und Wohlau an Brandenburg fallen sollten [10]). Am 19. Juli 1569 erhielt er für das Kurhaus zu Lublin die Mitbelehnung auf das Herzogthum Preußen durch Polen, neben der fränkischen Linie [11]). Johann Georg (1571 bis 8. Januar 1598) vereinigte nach dem Tode seines Oheims Johann von Cüstrin am 13. Januar 1571 die getrennten Besitzungen auf's Neue, erweiterte sie durch den Erwerb der beiden böhmischen Lehen Beeskow und Storkow 1575 [12]) und vererbte sie vollständig nebst

6) Gercken l. c. T. VIII. p. 495 sq. v. Lancizolle a. a. O. Th. I. Abth. II. S. 587 f.

7) Oelrichs, Beiträge zur brandenb. Geschichte S. 172 flg. v. Lancizolle a. a. O. I, 1, 343.

8) v. Lancizolle a. a. O. S. 328. Die Bestätigungsurkunde des Königs von Böhmen von 1493, 1516 bei v. Raumer, Codex cit. II. 104.

9) v. Lancizolle a. a. O. S. 601 flg.

10) v. Lancizolle a. a. O. S. 640 flg. Das Instrument bei J. P. v. Ludewig, rechtsbegründetes Eigenthum des königl. Kurhauses Preußen und Brandenburg auf die Herzogthümer Jägerndorf, Liegnitz, Brieg und Wohlau und zugehörige Herrschaften in Schlesien. Berlin 1740. Fol.

11) Doziel, Codex diplomaticus Poloniae T. IV. fol. 356 sq. vergl. v. Baczko, Geschichte Preußens Bd. IV, S. 331. v. Lancizolle a. a. O. S. 371 f., 474 f.

12) v. Lancizolle a. a. O. S. 329.

den wohlerhaltenen früheren Rechtsansprüchen, namentlich dem auf das Herzogthum Preußen[13]), auf seinen Sohn Joachim Friedrich (1598 bis 18. Juli 1608). Dieser incorporirte dem Lande die Bisthümer Havelberg, Lebus, Brandenburg, zu deren Bischof er resp. 1553, 1555 und 1571 gewählt war[14]), und sicherte die Zukunft der Herrschaft durch Erneuerung und Erweiterung des Hausgesetzes von 1473; auch erhöhte er durch die Ehe seines Sohnes Johann Sigismund mit Anna, Tochter des blödsinnigen Herzogs Albrecht Friedrich von Preußen, die Aussicht auf die Succession in das Herzogthum, zumal da er selbst, nach dem Tode des 1569 coinvestirten Markgrafen Georg Friedrich von Ansbach-Baireuth (26. April 1603), an dessen Stelle am 11. März 1605 die Vormundschaft über Albrecht Friedrich die Administration und das Gubernium in Preußen übernommen hatte[15]). Unter Johann Sigismund (1608 bis 23. December 1619) wuchs das bisherige Territorium von 672 □Meilen bis auf 1450, durch den Erwerb der durch des Kurfürsten Gattin, Tochter der ältesten Schwester Marie Eleonore des (am 25. März 1609 kinderlos verstorbenen) Herzogs Johann Wilhelm von Jülich-Cleve-Berg, ererbten rheinisch-westphälischen Besitzungen[16]), sowie durch die Uebernahme des erblichen Lehensbesitzes von Preußen, nach dem Tode des Herzogs Albrecht Friedrich am 27. August 1618[17]). Die Herrschaften Schwedt und Vierraden wurden als eröffnete Lehen eingezogen. Während unter Georg Wilhelm (1619 bis 1. December 1640) nur mit Noth der Kurstaat zusammen gehalten wurde, Ravenstein und die Hälfte von Ravensberg aus der westphälischen Erbschaft an Pfalz-Neuburg verloren gingen (Vergleich zu Düsseldorf am 19. März 1629), die Ansprüche auf Jägerndorf und auf Pommern keine Berücksichtigung fanden, gelang es dem großen Kurfürsten Friedrich Wilhelm (1640 bis 9. Mai 1688) nicht nur, das preußisch-brandenburgische Land zu befestigen,

---

13) Die Renovationen der Investitur von 1578 und 1589 bei Doziel l. c. 389 und 403 f.

14) S. Wohlbrück, Geschichte des ehemaligen Bisthums Lebus und des Landes dieses Namens. Berlin 1829—1832. 3 Bde. 8. Schröder, Zur Geschichte des Bisthums Brandenburg. Brandenburg 1849. 4.

15) Doziel l. c. T. IV. fol. 413 sq.

16) Das ganze Erbe, die Herzogthümer Jülich, Cleve, Berg, die Grafschaften Mark und Ravensberg, die Herrschaft Ravenstein, theilten das Haus Brandenburg und Pfalz Neuburg, nach mehreren vorläufigen Vergleichen (zu Dortmund am 31. Mai 1609, zu Xanten am 12. November 1614 u. a.) definitiv am 19. Semptember 1666. S. Lünig, spicilegium. Pars specialis. Contin. III. fol. 69 sq. Du Mont, corps diplomatique Tom. V. P. II. fol. 103 sq., 259 sq. u. a. Vergl. überhaupt Waddigen, Handbuch der historisch-geographischen Literatur Westphalens S. 16 flg. Erhard, Geschichte des Jülich-Cleve'schen Erbfolgestreites, in der Zeitschrift für Geschichte und vaterländische Alterthumskunde Bd. IX. (Münster 1846. 8.) Nr. III, vergl. Anm. 23.

17) Vergl. die Belehnungsurkunde vom 16. November 1611 bei Doziel l. c. T. IV. folg. 446 sq.

sondern auch um ein Bedeutendes zu erweitern[18]). In die seit 1641 begonnenen Verhandlungen über den westphälischen Frieden hineingezogen, sah sich der Kurfürst genöthigt, auf die seinem Hause nach dem Tode des letzten Herzogs von Pommern Bogislav's XIV. am 13. März 1637 zugefallenen pommerschen Besitzungen zur Hälfte zu Gunsten Schwedens gegen Entschädigung zu verzichten (am 10. November 1646). Im Frieden[19]) erhielt er Hinterpommern mit dem secularisirten Bisthum Cammin, jedoch ohne Stettin, Garz, Damm, Gollnow, die Insel Wollin und das frische Haff[20]); sodann die secularisirten Bisthümer Halberstadt nebst Hohenstein und Minden, nebst der Anwartschaft auf das secularisirte Erzbisthum Magdeburg, mit Ausnahme der 1635 durch den Frieden zu Prag an Sachsen überlassenen vier Querfurtischen Aemter Querfurt, Jüterbock, Dahme und Burg[21]). Nächstdem erlangte Friedrich Wilhelm die Aufhebung der drückenden Lehensabhängigkeit von Polen und somit die Souverainetät über das Herzogthum Preußen, durch den Vertrag zu Labiau mit Carl X. von Schweden am 10. November 1656 und zu Wolau mit Johann Casimir von Polen am 19. September 1657[22]). Auf das durch jenen mit abgetretene Bisthum Ermland mußte zwar in diesem verzichtet werden, doch wurden durch den Vertrag zu Bromberg am 6. November 1657 noch als polnische Lehen die Herrschaften Lauenburg und Bütow und der Pfandbesitz der Starostei Draheim und der Stadt Elbing erworben. Der Friede zu Oliva vom 3. (10.) Mai 1660 bestätigte auf's Neue die Souverainetät über Preußen. Durch die Recesse vom 19. September 1666 und 2. Juni 1670 wurden die Besitzverhältnisse aus dem Jülich-Cleve'schen Erbe geregelt. Das Herzogthum Cleve, die Grafschaften Mark und Ravensberg gingen zu vollem Eigenthum auf Brandenburg über, für die Abtretung von Ravenstein an Pfalz-Neuburg zahlte dieses 50,000 Thaler[23]). Als im Jahre 1675 am 16.

---

18) L. v. Orlich, Geschichte des preußischen Staates im 17. Jahrhundert, mit besonderer Beziehung auf das Leben Friedrich Wilhelm des großen Kurfürsten. Berlin 1838 u. 1839. 3 Bde. 8.

19) Vergl. über die für Brandenburg im Art. XI. J. P. O. getroffenen Bestimmungen die vollständigen Nachweisungen bei Pütter, Geist des westphälischen Friedens (Göttingen 1795. 8.) S. 166—182.

20) Die Regulirung der Grenzen erfolgte durch den Vergleich vom 4. Mai 1653. Ein dadurch herbeigeführter Verlust wurde im Frieden zu St. Germain en Laye den 29. Juni 1679 wieder ersetzt.

21) Die Besitznahme von Magdeburg erfolgte 1680 nach dem am 4. Juni d. J. eingetretenen Tode des damaligen Administrators, Herzog August von Sachsen. Der Sohn desselben, Herzog Johann von Sachsen-Weißenfels, verzichtete am 22. Juli 1687 auf das Amt Burg.

22) Es finden sich dieselben, nebst den zu Bromberg bei Doziel l. c. I. IV. fol. 486 sq. Vergl. v. Baczko, Geschichte l. c. Bd. V. S. 208 flg.

23) S. Anm. 16. Vergl. Lünig l. c. III. 210 sq. Du Mont, Vol. VI. P. III. 117 sq. Scotti, Sammlung der Gesetze in Cleve-Mark Bd. I. S.

November mit dem Herzog Georg Wilhelm das fürstliche Haus von Schlesien erlosch und nun das Recht aus der Erbverbrüderung (s. Anm. 10) für Brandenburg in Wirksamkeit treten sollte, brachte es der Kaiser Leopold I. dahin, daß der Kurfürst 1686 sich mit dem Schwiebuser Kreise im Fürstenthume Glogau abfinden ließ, dessen Rückgabe aber insgeheim der Kurprinz für die Zukunft verheißen mußte und die auch 1694 erfolgte[24]). Friedrich III. (1688 bis 25. Februar 1713) erhielt von seinem Vater eine Herrschaft von 2030 □Meilen mit 1,500,000 Einwohnern, eine Macht, groß genug, um als Königreich anerkannt zu werden. Nach der kaiserlichen Bestätigung vom 16. November 1700 wurde der Kurfürst am 18. Januar 1701 zu Königsberg als König in Preußen gekrönt und führte als solcher den Titel Friedrich I.[25]) Er vergrößerte das Land durch den Erwerb der litthauischen Herrschaften Tauroggen und Serrey 1691, auf Grund früherer Verträge[26]); durch die Erbvogtei über das Stift Quedlinburg nebst den Aemtern Lauenburg, Sevenberg, Gersdorf und dem Reichsschulzenamte zu Nordhausen 1697 und dem Amte Petersberg 1698, welche von Sachsen gekauft wurden[27]); durch das Amt Dietenborn (zu Hohenstein geschlagen) 1699, von Schwarzburg-Sondershausen gekauft[28]); durch die aus der oranischen Erbschaft[29]), nach dem Tode Wilhelm's III. Königs von England und Erbstatthalters der Niederlande am 19. März 1702, erlangte Grafschaft Mörs[30]), die Grafschaft Lingen[31]), das Fürstenthum Neufchatel (Neuenburg) nebst der Grafschaft Valengin (Valendis)[32]); durch Kauf des den Grafen Solms zugehörigen Antheiles der Grafschaft Teklenburg[33]). Unter Friedrich

---

436 flg. Desselben Sammlung der Gesetze in Jülich-Cleve-Berg Bd. I. S. 141 flg.

24) Friedrich's II. Memoires pour servir à l'histoire de la maison de Brandenbourg (1767 4.) p. 3. 16.

25) Kronentractat vom 16. und 27. November 1700 bei Förster, Kaiser Carl VI. u. s. w. (Potsdam 1836 8). Urkundenbuch zu Bd. I. S. 8 flg. Vergl. v. Kamptz, Literatur der Verfassung des königlichen Hauses. Berlin 1824. 8. (aus den Jahrbüchern Bd. XXV.) S. 11 flg. Ranke, neue Bücher preußischer Geschichte Bd. I. S. 103 flg.

26) Schubert, Handbuch der Staatskunde a. a. O. I. S. 58.

27) Du Mont l. c. Vol. VII. P. II. fol. 376. Lünig, Spicilegium ecclesiast. T. III. fol. 295.

28) Lünig, Grundfeste europäischer Potenzen, Gerechtsame T. I. n. 378 u. Theatrum Europaeum T. XIV. p. 555.

29) v. Kamptz, Literatur der Verfassung S. 59 f.

30) Die Besitznahme erfolgt 1702, die kaiserliche Anerkennung d. 19. April 1707. Vergl. Kurze, Series facti in Meursischer Sache 1712. 4.

31) Die Besitznahme erfolgte am 25. März 1702.

32) Der Erwerb trat ein in Folge der Entscheidung der Stände vom 3. November 1707. (Lünig, Reichsarchiv. Pars specialis. Contin. fol. 285 sq.) P. v. Hohenhard (Ludwig), preußisches Naumburg und dessen Gerechtsame. 1708. 8.

33) Die Besitznahme erfolgte am 17. Mai 1707, vergl. Species facti Sr.

Wilhelm I. (1713 bis 31. Mai 1740) kam, nach dem Utrechter Frieden vom 13. April 1713, aus der oranischen Erbschaft noch das Quartier Geldern hinzu[34]). Außerdem erwarb der König die nach dem Tode des Grafen Volrath von Limburg in Franken am 19. August 1713 ihm angefallene Grafschaft Limburg, indem die Cognaten eine Abfindung erhielten[35]); sodann in Folge des nordischen Krieges, durch den Frieden zu Stockholm am 21. Januar 1720 Stettin, Usedom, Wollin und das Land zwischen der Oder und Peene[36]), und gemäß Vereinbarung mit Bentheim-Limburg den diesem zugehörigen Theil von Teklenburg 1729[37]).

Am 31. Mai 1740 übernahm Friedrich II. der Große die Regierung eines Territoriums von 2174 □Meilen, mit 2,240,000 Einwohnern. Während einer 46jährigen Herrschaft vergrößerte er dasselbe bis auf 3568 □Meilen mit 6,000,000 Menschen[38]). Schon durch den ersten schlesischen Krieg erwarb er die Fürstenthümer Troppau, Jägerndorf, Oppeln und Ratibor, die Standesherrschaften Pleß und Beuthen (Oberschlesien), die Fürstenthümer Breslau, Brieg, Glogau, Jauer, Liegnitz, Münsterberg, Sagan, Neisse, Oels, Schweidnitz, Wohlau (nebst dem schon früher besessenen Crossen-Niederschlesien), die Grafschaft Glatz und die Standesherrschaften Trachenberg, Carolath, Wartenberg, Militsch und Goschütz — zusammen 685 □Meilen mit mehr als 1,000,000 Einwohnern. Der Breslau-Berliner Frieden vom 11. Juni und 28. Juli 1742 wurde lediglich zu Dresden am 25. December 1745 und zu Hubertsburg am 15. Februar 1763 zu Gunsten des Königs bestätigt[39]). Demnächst fiel mit dem Tode Carl Edzards am 25. Mai 1744 Ostfriesland an Preußen und wurde am 23. Juli d. J. in Besitz genommen[40]), desgleichen ein Theil der Grafschaft Mansfeld, nach dem Tode des Grafen Joseph Wenzel am

---

Königl. Majestät in Preußen wohlerworbenen Possession und Gerechtsamen der ohnmittelbaren Allodial-Reichsgrafschaft Teklenburg betreffend. 1722. 4. (auch in Fabers Staatskanzlei Bd. XLI. S. 669 flg.), vergl. v. Kamptz, Literatur der Verfassung S. 61 f. (s. Anm. 35.)

34) Definitiv wurde die Oranische Erbschaftsangelegenheit erst durch Vertrag vom 14. Mai und 16. Juni 1732 geordnet (Rousset, Continuation von Du Mont l. c. Vol. III. P. II. fol. 335 sq.)

35) v. Kamptz, Literatur der Verfassung S. 70 f. Im Jahre 1742 überließ Friedrich II. die Grafschaft dem Hause Ansbach-Baireuth.

36) Das Friedensinstrument bei Du Mont l. c. Vol. VIII. P. II. fol. 21 sq.

37) Der Vergleich d. Rheda am 14., Berlin am 20. August erhielt die kaiserliche Bestätigung am 9. Januar 1730.

38) Schubert, Staatskunde I. S. 68, 78 und Cit.

39) Wenk, codex iuris gentium T. I. p. 734 sq. T. II. p. 194 sq. T. III. p. 368 sq. Der Hubertsburger Friede auch bei Martens, recueil des traités etc. T. I. p. 61 sq. Vergl. v. Kamptz, Lit. der Verfassung S. 62 flg.

40) v. Kamptz, Literatur der Verfassung S. 66 flg.

31. März 1780. Viel bedeutender war aber der Zuwachs aus der ersten Theilung Polens, nach den Verträgen mit Rußland vom 17. Februar, mit Rußland und Oestreich vom 25. Juli 1772. Preußen erhielt das bisherige polnische Preußen (Westpreußen mit Einschluß von Ermland), ausgenommen Danzig und Thorn, und Großpolen bis an die Netze (Netzdistrict), insgesammt nach der am 22. August 1776 erfolgten Großregulirung 651 □Meilen mit 550,000 Bewohnern[41]). Am 17. August 1786 succedirte dem großen Könige sein Neffe Friedrich Wilhelm II. Dieser gewann bei der zweiten Theilung Polens, gemäß Patentes vom 25. März 1793 und dessen Ratification durch den Reichstag zu Grodno am 25. September d. J.[42]) die Woiwodschaften Posen, Kalisch, Gnesen, Sieradz, Lanczyc, Rava, die Landschaft Cujavien, das Land Dobrzyn, einen Theil von Krakau, Plock und Masurien (Südpreußen) und die zu Westpreußen geschlagenen Städte und Gebiete von Danzig und Thorn, zusammen gegen 900 □Meilen mit 1,130,000 Seelen. Schon zwei Jahre darauf kamen in Folge der dritten Theilung Polens, nach dem Vertrage vom 24. October 1795[43]), noch hinzu: die Spitze von Samogitien, welche durch den Niemen und Ostpreußen gebildet wird, ein Theil der Woiwodschaft Troki in Litthauen am linken Ufer des Niemen, fast ganz Podlachien und der größte Theil von Masovien in Großpolen bis an den Bug und Pilica (wozu Warschau gehört), auch der bei der vorigen Theilung nicht mit erworbene Theil von Rawa und ein Stück der Woiwodschaft Krakau an der oberschlesischen Grenze. Diese theils zu Schlesien (Neuschlesien), theils zu Süd- und Ostpreußen genommenen, theils zu einer eigenen Provinz, Neuostpreußen, gebildeten Landschaften, betrugen gegen 890 □Meilen mit 1,000,000 Einwohnern. Schon vorher waren durch Verzichtleistung des letzten Markgrafen von Ansbach-Baireuth Carl Friedrich Alexander, am 2. December 1791 auch diese beiden fränkischen Fürstenthümer am 3. Januar 1792 in Besitz genommen[44]). So war der preußische Staat bis auf mehr als 5200 □Meilen mit 8,660,000 Einwohnern im Laufe der Zeit angewachsen. Diese Großmacht übernahm Friedrich Wilhelm III. nach dem Tode seines Vaters am 16. November 1797. Für die bereits im Basler Frieden am 5. April 1795 an Frankreich abgetretenen Districte von Geldern, Mörs und Cleve, Sevenaar, Hugssen (48 □Meilen mit 127,000 Einwohnern) und der Rhein- und Maaszölle wurde nach den

---

41) Leman, histor.-geograph. Einleitung in die Provinzialrechte Westpreußens (Marienwerder 1830 8.), wo auch S. 73 flg. das Patent wegen der Besitznahme vom 13. September 1772 mitgetheilt ist. Der Grenzvergleich bei Martens, recueil cit. I. 497.

42) Martens, recueil cit. V. 202 sq.

43) Martens, recueil cit. T. p. 702 sq., verb. mit der Declaration vom 23. April 1797 (Novum Corp. Const. 1797 Nr. 33).

44) Schubert a. a. O. S. 80.

Bestimmungen des Regensburger Reichs=Deputationsrecesses vom 25. Februar 1803 ein Ersatz von 224 □Meilen mit 564,000 Bewohnern bewilligt[45]), nämlich die Fürstenthümer Münster (ein Theil des säcularisirten Bisthums), Hildesheim, Paderborn (beide säcularisirt), das Eichsfeld, Erfurt, die Gaugrafschaft Treffurt, die Grafschaft Untergleichen nebst Blankenheim und Kranichfeld, die Vogtei Dorla, die Reichsstädte Goslar, Mühlhausen, Nordhausen, die Stifte Essen, Werden, Elten, die Abtei Herford und Propstei Cappenberg. Die politischen Umstände der nächsten Jahre brachten Preußen in eine sehr schwierige Lage, in welcher es zum Vertrage zu Schönbrunn (bei Wien) am 15. December 1805 mit Frankreich genöthigt, demselben Neuenburg und Valendis, sowie den noch zurückgehaltenen Theil von Cleve am rechten Rheinufer, und Ansbach=Baireuth Bayern überließ, dagegen aber Hannover nebst Osnabrück in Besitz nahm. Weitere Willkür Napoleons führte dann zu einem Bruche und zu einem Kampfe, in welchem Preußen unterlag. Durch den Frieden zu Tilsit am 9. Juli 1807[46]) ging über die Hälfte des bisherigen Besitzthums verloren, 3246 □Meilen mit 5,619,400 Seelen, während nur 2874 □Meilen mit 5,040,600 dem Staate verblieben[47]). Deshalb umfaßte nach der späteren Eintheilung 1) die Provinz Brandenburg, mit Ausschluß der Lausitz, des Cottbußer Kreises, der Stadt Schermeisel und des Dorfes Grochow; 2) von der Provinz Sachsen die zwei Jerichow'schen Kreise, mit Ausnahme des Amtes Gommern; 3) die Provinz Preußen, mit Ausnahme der Kreise Culm, Thorn, Straßburg, Löbau, des größten Theiles des Graudenzer Kreises, mehrerer Ortschaften des Flatow'schen, und der Stadt Danzig mit ihrem Gebiete; 4) die Provinz Pommern, mit Ausschluß von Neuvorpommern; 5) die Provinz Schlesien, mit Ausnahme des dazu gehörigen Theiles der Oberlausitz.

Der Erfolg der Freiheitskriege ist die Herstellung der preußischen Monarchie in ihrem früheren Glanze. Der gegenwärtige Länderbestand beruht auf den Festsetzungen des ersten Pariser Friedens vom 30. Mai 1814, der Wiener Congreßacte vom 9. Juni 1815, des zweiten Pariser Friedens vom 20. Novbr. 1815, sowie auf den mit den einzelnen interessirten Mächten geschlossenen Verträgen, von welchen bei der Darstellung der Provinzialverhältnisse weiterhin speciell die Rede sein wird[48]). Von

45) Wegen der Details vergl. Gaspari, der Deputationsreceß. Hamburg 1803. 2 Bde. 8. v. Hoff, Deutschland vor der französischen Revolution und nach dem Frieden von Lüneville. Gotha 1801. 1805. 2 Bde. 8. (der zweite Band).

46) Martens, supplement au recueil etc. T. IV. 444 sq. v. Mayer, corpus constitutionum Germaniae Nr. VII.

47) S. Schubert a. a. O. I. 100 f. 105.

48) Zur allgemeinen Orientirung genüge die Verweisung auf Schubert a. a. O. S. 108 flg. Die im Texte angegebenen Zahlen sind daher entlehnt, so weit nicht auf andere Literatur Bezug genommen ist.

den durch den Tilsiter Frieden verloren gegangenen Besitzungen wurden c. 1085 □Meilen mit 2,345,250 Seelen restituirt, neu erworben wurden c. 1017½ □Meilen mit 2,960,300 Seelen, so daß im Juli 1815 der Staat 4976½ □Meilen mit 10,346,150 Bewohnern umfaßte. Mit Hinzurechnung der Erwerbungen durch den zweiten Pariser Frieden und besondere Verträge auf Neuenburg und Valendis, der von Sachsen-Coburg am 31. Mai 1834 erkauften Herrschaft Lichtenberg (Kreis St. Wendel) bestand 1840 der Staat aus 5091,36 □Meilen mit einer Bevölkerung von 14,967,465 Menschen. Unter der Regierung Friedrich Wilhelm's IV., welcher dem am 7. Juni 1840 verewigten Vater folgte, ist der Umfang der Monarchie durch den Kauf der beiden Hohenzollern'schen Fürstenthümer mittelst des Vertrages vom 7. December 1849 auf 6013,46 □Meilen gestiegen. Die erhöhte Population der letzten Zeit spricht sich in den neuesten Volkszählungen auf's Günstigste aus. Die amtlichen statistischen Tabellen weisen am Ende des Jahres 1849 eine Bevölkerung von 16,331,187 Seelen nach [49]), für die Fürstenthümer Hohenzollern aus derselben Zeit von 66261 [50]).

Nach dieser Skizze [51]) wenden wir uns zur Betrachtung der Rechtsverhältnisse des Staates und beginnen mit einer

Uebersicht der preußischen Gesetzgebung [52]).

In den einzelnen Provinzen des preußischen Staates galt bis zum Ende des vorigen Jahrhundertes und zum Theil noch später das gemeine Recht, wie in Teutschland überhaupt, jedoch durch eigenthümliche generelle und specielle Normen modificirt (vgl. unten). Durch die Einführung geschlossener Gesetzbücher hat die formelle Autorität der Quellen des gemeinen Rechtes fast ganz aufgehört; sie besteht jetzt nur noch, und überdies mit vielen Ausnahmen [53]), in dem ostrheinischen Theile

49) Mittheilungen des statistischen Bureaus in Berlin, herausgegeben von Dietrici. Jahrgang 1850 S. 250. Am Ende des Jahres 1852 ist eine neue allgemeine Zählung erfolgt, deren Ergebniß jedoch noch nicht zu allgemeiner Kunde gelangte. Im Jahre 1846 ergab die Volkszählung 16,112,938, die Vermehrung bis 1849 betrug also 218249 Seelen.

50) Mittheilungen a. a. O. 1852 S. 48, 57.

51) Für die Geschichte des preußischen Staates möge außer den angeführten und noch zu nennenden Monographien im allgemeinen hingewiesen werden auf Manso's Geschichte vom Frieden zu Hubertsburg bis zur zweiten Pariser Abkunft. 2. Ausg. Frankfurt a. M. u. Leipzig 1835, 1836. 3 Bde. 8. Stenzel, Geschichte des preußischen Staates von den ältesten Zeiten bis 1756. Hamburg 1850—1851. 4 Bde 8. Ranke, neue Bücher preußischer Geschichte u. a. m.

52) Vergl. K. F. F. Sietze, Grundbegriff preußischer Staats- und Rechtsgeschichte, als Einleitung in die Wissenschaft des preußischen Rechtes. Berlin 1829. 8. H. A. Simon, Bericht über die scientivische Redaction der Materialien der preußischen Gesetzgebung, in Mathis juristischer Monatsschrift Bd. XI, S. 191 flg. und die weiter unten citirte Literatur.

53) Vergl. außer den Citaten in Anm. 51—53, Ergänzungen und Er-

des Regierungsbezirkes Coblenz[54]), in Neuvorpommern nebst Rügen[55]), in Hohenzollern-Hechingen und Sigmaringen, desgleichen theilweise rücksichtlich einzelner Objecte und Personen, wie namentlich hinsichts des canonischen Rechtes für die römisch-katholische Kirche[56]), die Reichsgesetze für Stifter[57]), des teutschen Privatfürstenrechtes für den hohen Adel[58]) u. a.

Die wichtigeren allgemeinen und besonderen Gesetze für die bis zur Mitte des achtzehnten Jahrhundertes Preußen angehörigen Gebiete finden sich in Chr. Otto Mylii Corpus Constitutionum Marchicarum der königl. preußischen in der Kur- und Mark Brandenburg, auch incorporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen u. s. w. bis zum Jahre 1736 sechs Theile und vier Constitutionen, ein Supplementband und ein Repertorium vom Kammergerichts-Protonotarius Arnisius, von 1737 bis 1750. Fol. Halle und Berlin 1736—1755; sowie in C. L. H. v. Rabe, Sammlung preußischer Gesetze und Verordnungen u. s. w. Halle 1817 flg. Bd. I, Abth. I u. II.

Den Gedanken, durch eine neue allgemeine Gesetzgebung den vielfachen Mißständen, besonders dem langwierigen Proceßverfahren abzuhelfen, faßte Friedrich der Große im Jahre 1745. Dringenden Anlaß gab vorzüglich die größere Selbstständigkeit des preußischen Gerichtswesens, in Folge des 1745 im Dresdner Frieden erlangten privilegium de non appellando illimitatum für alle zum teutschen Reiche gehörigen preußischen Lande. Aus der Kurmark durfte schon der goldenen Bulle gemäß nicht an das Reich appellirt werden, was noch Rudolf II. auf den Wunsch Johann Georg's unterm 24. Juli 1586 ausdrücklich bestätigte[59]). Für die königlichen Reichslande erhielt Friedrich I. vom Kaiser Leopold I. den 16. December 1702 ein privilegium de non appellando limitatum, wonach in possessorio gar nicht, in petitorio aber nur dann, wenn das Object 2500 Goldgulden überstieg, an die Reichsgerichte appellirt werden durfte. Vergebens bemühte sich Friedrich Wilhelm I. um das privilegium illimitatum[60]). Nach Empfang des kaiserlichen Decretes

läuterungen der preuß. Rechtsbücher von Gräff, Koch u. s. w. Th. I. Abth. I zum Publications-Patente. C.

54) Starke, Beiträge zur Kenntniß der bestehenden Gerichtsverfassung im preußischen Staate. Bd. I, §. 87 flg. Bd. II, Abth. II, S. 89 flg.

55) Starke a. a. O. Bd. I, §. 99 flg. Bd. II, Abth. I, S. 273 flg.

56) S. Laspeyres, Geschichte und heutige Verfassung der katholischen Kirche Preußens Bd. I, S. 817 flg., 879 flg.

57) S. allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1078 u. a.

58) Rescript vom 12. Januar 1836 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. XLVII, S. 295). M. s. indessen die Gegenbemerkungen von Koch: Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten mit einem Kommentar Bd. I, (Berlin 1852. 8.) S. 3 Anm.

59) Corp. C. M. Tom. VI, Abth. II, S. 129.

60) Förster, Friedrich Wilhem I. Bd. II, S. 67—70, 264.

vom 31. Mai 1746 beauftragte[61]) Friedrich II. durch Rescript vom 4. October den Großkanzler Samuel von Cocceji, welcher sich bereits durch die Revision des preußischen Landrechtes von 1721 (s. unten), sowie durch die Ausarbeitung einer Verordnung über das Verfahren beim Kammergerichte (d. d. 16. April 1725) bewährt hatte, mit der Bearbeitung einer neuen Gerichts- und Landesordnung. Schon am 31. December 1746 erließ der König die Constitution, wie die Processe in Pommern nach Sr. Königl. Majestät in Preußen vorgeschriebenem Plane in Einem Jahre in allen Instanzen zu Ende gebracht werden sollen[62]). Ihr gemäß bearbeitete v. Cocceji das Project des Codicis Fridericiani, welches sofort als Project des Codicis Fridericiani Pomeranici am 6. Juli 1747 in Pommern eingeführt und wegen des günstigen Erfolges[63]) am 3. April 1748 unter dem Titel: Project des Codicis Fridericiani Marchici in den übrigen Provinzen, mit Ausnahme des Herzogthums Geldern, als Gesetz eingeführt wurde[64]). Hierauf erging an die Justizbehörden die Aufforderung, ihm Erinnerungen über das Project einzusenden, und eine besondere Commission erhielt den Auftrag, nach den Monitis dasselbe zu revidiren. Zwar ist ein eigener Codex revisus nicht zu Stande gekommen, doch erschienen zwei Anhänge 1761 und 1769[65]). — Gleichzeitig wurde auch das materielle Recht umgearbeitet. Beim Erlaß der vorhin erwähnten Constitution vom 31. December 1746 rescribirte der König in §. 24 derselben zugleich: „Weil die größte Verzögerung der Justiz aus dem ungewissen lateinischen römischen Rechte herrührt, welches nicht allein ohne Ordnung compilirt worden, sondern worin singulae leges pro et contra disputirt, oder nach eines jeden Caprice limitirt oder extendirt worden: so befehlen Wir gedachtem Unserm Etats-Minister v. Cocceji, ein teutsches allgemeines Landrecht, welches sich blos auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet, zu verfertigen.“ Da der König aber erkannte, daß die Reform mit Anschluß an das Bestehende erfolgen müsse und die Grundsätze darüber

61) Vergl. die Justizreform in den Jahren 1746—1748 in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LIX, S. 67—158.

62) Sie erschien, zusammen mit dem Rescript vom 4. October, Berlin beim Hofbuchdrucker Gäbert 1747 Fol. und findet sich auch in der Schrift: Rechtliche Untersuchung, wie die Fehler bei Bestellung der Aemter und Verwaltung der Justiz verbessert werden können. 1747.

63) In der Vorrede zum Project des Cod. Frid. Marchici wird mitgetheilt, es seien binnen acht Monaten in Pommern 2400 alte Processe abgethan worden.

64) Herausgegeben Berlin bei Gäbert 1748 in Folio und in Quarto; desgleichen 1749 in Berlin und in Halle, sowie 1766 in Königsberg in Octav mit den Nachträgen.

65) Der erste Anhang ist förmlich publicirt dd. Königsberg den 28. Febr. 1761 (s. Nov. Corp. Const. 1761 Nr. 6), der zweite aber nur als Privatsammlung, jedoch mit königlicher Approbation, Berlin 1769, herausgegeben worden.

selbst in der „Dissertation sur la raison d'établir ou abroger les loix" im Jahre 1748 entwickelt hatte[66]), so erfolgte im Jahre 1749 ein neuer Auftrag und ein „Plan, betreffend die Reformen der Justiz, welche Se. Königl. Majestät in Preußen selbst, und durch eigene Lumières formirt haben u. s. w.[67])" und demgemäß: Project des Corporis iuris Fridericiani, das ist, Sr. Königl. Majestät in Preußen in der Vernunft und Landesverfassung gegründetes Landrecht, worin das römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema[68]) nach denen dreien obiectis iuris gebracht: Theil I, 1749. (2. Aufl. 1750.) Theil II, 1751[69]). Dieses Project wurde indessen nicht allgemein publicirt, sondern nur Theil I, Buch II u. III, (von Ehe- und Vormundschaftssachen) in Ost- und Westpreußen, der Altmark, Cleve, Ostfriesland, Lingen, Minden und Schlesien als Gesetz eingeführt, wo es theilweise auch jetzt noch als Provinzialrecht gilt[70]).

Die weitere Reform der preußischen Legislation ruhte nun bis zum Jahre 1774. Die inzwischen ergangenen einzelnen Gesetze erschienen aber unter der Leitung der durch das königl. Privilegium vom 7. April 1748 damit beauftragten Academie der Wissenschaften, in der Fortsetzung der Mylius'schen Sammlung, unter dem Titel: Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum (citirt N. C. C.), und zwar zunächst bis 1775 in fünf Bänden, nebst einem Repertorium. Die seitdem bis 1806 resp. bis 1810 erlassenen Gesetze bilden Bd. VI—XII derselben Sammlung, zu welcher nun noch ein zweites Repertorium verfaßt wurde, welches als Register die Jahre 1751 bis 1800 umfaßt. Die wichtigeren Gesetze aus dieser „akademischen Sammlung" enthält noch die v. Rabe'sche Sammlung. Bd. I, Abth. II, bis Bd. VIII.

Im Jahre 1774 hatte der schlesische Justizminister v. Carmer[71]), auf die wiederholten Klagen des Königs über die Verschleppung der Processe, einen Plan zur Justizverbesserung ausgearbeitet und am 18. August dem Könige überreicht, welcher nach dem Principe jenes Vorschlages eine Revision des „Projectes des Codicis Fridericiani" wün-

---

66) Vergl. Jacobson über den Zusammenhang der Theorie und Praxis u. s. w., in der Zeitschrift für Theorie und Praxis des preußischen Rechtes von Bobrik und Jacobson Bd. I, H. I, S. 20 flg. (Marienwerder 1834. 8.)

67) Halle 1749 4. und in der französischen Uebersetzung. Leipzig 1752. 12.

68) Darüber s. m. die Vorrede zum Project und Hugo, in den Göttinger gelehrten Anzeigen 1834 Nr. 167.

69) Der dritte Theil ist nicht erschienen, da v. Cocceji bereits 1755 starb und der siebenjährige Krieg die Fortsetzung hemmte.

70) Die Nachweisungen im einzelnen findet man in den cit. Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher Bd. I, S. 26 flg.

71) Carmer, Großkanzler der preußischen Staaten. Ein biographischer Versuch. Breslau 1801. 8.

schenswerth fand, worauf der Oberamts-Regierungsrath Suarez[72]) ein „Project des revidirten Codicis Fridericiani" verfaßte, dessen Annahme jedoch auf Vorstellungen des Großkanzlers von Fürst und des Kammergerichts-Präsidenten v. Rabeur nicht erfolgte. Dagegen erließ der König am 15. Januar 1776 eine neue Verordnung, um die Processe zu verkürzen[73]).

Eine neue Richtung erhielt die preußische Gesetzreform durch den berühmten Proceß des Müller Arnold[74]), in dessen Folge v. Fürst entlassen und v. Carmer zu seinem Nachfolger ernannt wurde (am 25. December 1779). Bereits am 28. December 1779 erging eine vorläufige Instruction zur Verbesserung des Proceßwesens, und indem der König sich unterm 6. April 1780 mit den von v. Carmer aufgestellten Principien einig erklärte[75]), bezeichnete er in der Cabinetsordre vom 14. d. M.[76]) näher die zu erreichende Aufgabe.

Was das Proceßrecht betrifft, so trat in die Stelle der gemeinrechtlichen Verhandlungsmaxime eine Art Inquisitionsmaxime (s. unten), und rücksichtlich des materiellen Rechtes ward ein zur Ergänzung der Provinzialrechte dienendes gemeines Gesetzbuch beabsichtigt. Es erschien zuerst das

Corpus iuris Fridericianum. Erstes Buch, von der Proceßordnung in vier Theilen.

1) Vom gerichtlichen Verfahren im gemeinen und ordentlichen Processe in 24 Titeln.

2) Von Untergerichts- und summarischen Processen in 28 Titeln.

3) Von den Pflichten der bei der Justiz angestellten Personen in 8 Titeln.

3) Von den Gesetzen, welche die Proceßordnung genauer bestimmen.

Unterm 26. April 1781 erfolgte die Publication, und nachdem Suarez noch eine eigene Instruction zum Unterrichte für die Justiz-

---

72) Suarez, ein biographisches Fragment und v. Kamptz, Jahrbücher Bd. XLI, S. 1 flg., s. auch Klein's Annalen Bd. XVII, S. 349 flg.

73) Nov. C. C. Tom. VI. Fol. 17 vergl. überhaupt die 1774—1776 über die Justizreform gepflogenen Verhandlungen, aus den Materialien Bd. I u. III, in v. Kamptz Jahrbuch Bd. LVIII, S. 1—60.

74) Vergl. besonders wegen der mitgetheilten Acten Sietze, Ausübung oberster richterlicher Gewalt des Staates und Cabinetsjustiz in wesentlicher Differenz (Potsdam 1835. 8.) und die daselbst angeführten Schriften von v. Dohm, Sengebusch, Preuß u. a. s. noch unten.

75) v. Kamptz, Jahrbuch Bd. XLVI, S. 225.

76) Nov. C. C. Tom. VI. fol. 1935. v. Rabe, Sammlung Bd. I, Abth. VI, S. 439 u. öfter.

collegia (publ. am 15. August 1780) entworfen hatte. Aus den darauf ergangenen Gutachten und Berichten der Behörden, ward eine neue Revision bewirkt, bei welcher das Corpus iuris in drei Theile gebracht wurde.

1) Die Proceßordnung in 52 Titeln (der frühere Theil I. II. IV.)

2) Das gerichtliche Verfahren in nicht streitigen Angelegenheiten in 6 Titeln (ganz neu).

3) Ueber die Pflichten der Justizbedienten in 8 Titeln (der frühere Theil III) nebst einer Beilage: Allgemeines Registratur- und Kanzleireglement.

In dieser Gestalt wurde das Publicationspatent des Gesetzes am 6. Juli 1793, unter dem Namen

Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten

vollzogen, die Publication des Gesetzes selbst erfolgte aber erst, nach Vollendung des Druckes, am 24. December 1794 für die ersten, am 30. Juli 1795 für die beiden folgenden Theile[77]).

Die hierauf zur Ergänzung und Erläuterung erlassenen Verordnungen wurden als eigene Sammlung

Anhang zur allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten[78])

am 4. Februar 1815 publicirt, den späteren Ausgaben der allgemeinen Gerichtsordnung aber als Zusätze bei den betreffenden Paragraphen hinzugefügt.

Das materielle Recht[79]) sollte der ursprünglichen Absicht gemäß als zweites Buch des Corpus iuris Fridericianum erscheinen. Die Grundlage der Arbeit bildeten von Dr. Volkmar gefertigte und von dem Generalfiscal Pachaly, unter Benutzung der damals gangbaren Literatur, revidirte Extracte und Aufsätze aus den Quellen des gemeinen Rechtes, den Landesgesetzen und Präjudicien, welche von Carmer, Suarez, den Kammergerichtsräthen Baumgarten, Goßler, v. Kircheisen revidirt und

---

77) Ueber die Abweichungen der Gerichtsordnung vom Corpus iuris Fridericianum s. v. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung u. s. w. Bd. I, S. 213 flg.

78) S. die Materialien zum Anhange der allgemeinen Gerichtsordnung in Löwenberg, Beiträge zur Erkenntniß der Motive der preußischen Gesetzgebung. Berlin 1843. 8. Bd. II, S. 125—810.

79) Vergl. außer den Anm. 50 Citirten, Euler, geschichtliche Einleitung in das Studium des allgemeinen Landrechtes (in v. Kamptz Jahrbuch Bd. XXXII, S. 17 flg.). v. Daniels Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechtes. Bd. I, (Berlin 1851) S. 20 flg.

in deshalb gehaltenen Conferenzen abgeändert wurden. Hierauf ward der erste Entwurf, meistens von Suarez und dem Assistenzrath Klein ausgearbeitet, von Mitgliedern der 1780 bestellten Gesetzcommission [80]) monirt, von Suarez und v. Carmer durchgegangen, und darauf als zweiter Entwurf, von dem Ersteren bearbeitet, gedruckt:

Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches. Berlin 1784—1788, in sechs Theilen. Aus den hierauf eingegangenen Gutachten Sachverständiger, der Behörden und Stände, wurden die erforderlichen Extracte gemacht, von den Redactoren monirt und ein neuer dritter Entwurf verfaßt, welcher nochmals geprüft, nach erfolgter Genehmigung durch die Cabinetsordre vom 31. December 1789 gedruckt und mittelst Publicationspatents vom 20. März 1791 als

Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten, Berlin 1791, in vier Bänden, unterm 20. Juni den Behörden zugefertigt wurde. Die Bestimmung des Termins der Anwendbarkeit (d. 1. Juni 1792) wurde indessen durch Cabinetsordre vom 18. April 1792 wieder suspendirt, und nach einer von Suarez bewirkten Finalrevision [81]) erfolgte endlich am 5. Februar 1794 die neue Publication. Das nunmehr

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin 1794, in zwei Theilen nebst einem Registerbande

genannte Gesetz sollte am 1. Juni d. J. in Kraft treten [82]).

Der erste Theil (23 Titel) behandelt die Grundbegriffe, das Vertrags- und Sachenrecht, der zweite Theil (20 Titel), die Rechte der Personen in Beziehung auf Familie und Gesellschaften, sowie deren Pflege und Schutz [83]).

Die seit Emanation des Landrechtes ergangenen, sich auf dasselbe beziehenden Verordnungen bis zum Jahre 1802, sind in eine durch Cabinetsordre vom 28. April 1803 genehmigte Sammlung gebracht, unter dem Titel:

---

80) Edict wegen Errichtung der Gesetzcommission und deren Instruction vom 29. Mai 1781 im Nov. C. C. Tom. VIII. Fol. 337 f. v. Rabe, Sammlung Bd. I, Abth. VI, S. 506 flg., vergl. den Anmerkung 63 cit. Aufsatz S. 53 flg.

81) Amtliche Verträge bei der Schlußrevision des allgemeinen Landrechtes in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XLI.

82) Von den späteren Publicationen in den einzelnen Provinzen wird bei diesen selbst unten die Rede sein; im allgemeinen s. m. die Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, zum Publicationspatent C.

83) Ueber das System der Entwürfe und des allgemeinen Landrechtes selbst vergl. v. Daniels Lehrbuch Bd. I, S. 38 flg. 50 flg.

Erster Anhang, worin die bisher ergangenen Abänderungen und Ergänzungen des Allgemeinen Landrechtes verkürzt gesammelt sind. Berlin 1803. 8.[84])

Zugleich erschien eine neue (3.) Ausgabe des Landrechtes[85]), in welcher die Zusätze überall eingeschaltet wurden, mit einem besonderen Publicationspatente vom 11. April 1803. Darauf folgte als bloße Privatarbeit der

Entwurf eines zweiten Anhanges zum allgemeinen preußischen Landrechte .... von E. S. v. Goßler. Berlin und Stettin 1816. 8.

Zu den allgemeinen preußischen Gesetzbüchern gehört ferner die Hypotheken-, Deposital- und Criminalordnung.

Die erste vollständige und allgemeine Hypotheken- und Concursordnung erschien d. 4. Februar 1722. In deren Stelle trat die schlesische Hypothekenordnung vom 4. August 1750, welche am 25. September d. J. auch für die übrigen Provinzen publicirt wurde[86]). Bei der Revision des Codicis Fridericiani wurde auch das Hypothekenwesen berücksichtigt, von Suarez ein Entwurf dazu gemacht und nach der Correctur desselben[87]) als

Hypothekenordnung d. 10. December 1783

am 18. Januar 1784 publicirt[88]).

---

84) Vergl. die Materialien dazu bei Löwenberg (Anm. 78) Bd. II, S. 1—125.

85) M. s. über die verschiedenen Ausgaben und Auflagen des allgemeinen Landrechtes v. Strampff in Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des preußischen Rechtes Bd. I, S. 214 flg. Ergänzungen und Erläuterungen a. a. O. S. 11 flg., vergl. dazu: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Ueber Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Commentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Berlin 1852. 1853. Zu bemerken ist hier auch eine lateinische Uebersetzung des Landrechtes, im Auftrage der Gesetzcommission besorgt von Eisenberg. Berlin 1800. 8. Sie sollte zur Erleichterung der Anwendung des officiellen teutschen Textes für die polnischen Provinzen dienen. Zu gleichem Zwecke erschien, gemäß der Cabinetsordre vom 20. Juni 1816 (Gesetzsammlung d. J. S. 204), eine eigene polnische Uebersetzung für das Großherzogthum Posen. Posen 1833. 5 Bde. 8. Eine französische Uebersetzung: par les membres du bureau de la législation étrangére et publié par ordre du grande juge erschien in Paris 1805 in 5 Bdn. 8.

86) Corp. C. M. Tom. II, Abth. II, Fol. Nr. 39, 103 flg. C. C. M. Contin. IV. Nr. 103, Fol. 263 flg. Nov. C. C. Tom. I. Nr. 32 Fol. 458 flg. Korn'sche Sammlung schlesischer Provinzialgesetze Th. II, Abth. I, Nr. III, S. 452 flg.

87) Simon, bei Mathis a. a. O. S. 285 flg.

88) Nov. C. C. Tom. VII, S. 2566 und in besonderem Abdrucke. Berlin 1783. 8. Verb. Nov. C. C. l. c. S. 2745, 2747.

Aus einem von Suarez entworfenen Reglement ging auch die

Allgemeine Depositalordnung v. d. 15. Septbr. 1783.

hervor [89]).

Die Bearbeitung des Criminalprocesses wurde erst im Jahre 1796 ernster in Angriff genommen. Ein Generalplan zur Verbesserung der Criminalgerichtsverfassung und der Gefängnisse ward am 16. September 1804 erlassen [90]). Darauf stützt sich vorzugsweise die

Criminalordnung v. d. 11. December 1805

unter dem Haupttitel: Allgemeines Criminalrecht für die preußischen Staaten. Erster Theil, da das im Landrechte Theil II, Tit. XX enthaltene materielle Strafrecht den zweiten Theil bilden sollte. In der vierten Ausgabe des Landrechtes von 1806 fehlt daher auch dieser Titel und erschien in einer Separatausgabe 1817, seitdem aber auch zugleich wieder in Verbindung mit dem Landrechte selbst.

Die einzelnen seit 1806 erschienenen preußischen Gesetze finden sich für den Zeitraum bis 1810 in einer besonderen Sammlung, welche als Fortsetzung des N. C. C. in Folio und zugleich als Anhang der Gesetzsammlung für die königl. preußischen Staaten in Quart 1822 gedruckt ist [91]). Die Gesetzsammlung selbst beginnt 1810, gemäß Verordnung vom 27. October d. J., und enthält alle Vorschriften, welche mehr als Ein Regierungsdepartement betreffen, während für jedes der letzteren ein eigenes Amtsblatt durch Verordnung vom 27. October 1810 und 28. März 1811 eingeführt ist [92]). Die Rescripte des Justizministeriums und Erlasse der Landesjustizcollegien sind enthalten in v. Kampz Jahrbüchern für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und

---

89) Nov. C. C. Tom. VII. S. 1783 flg. und in besonderem Abdrucke. Vgl. Simon bei Mathis a. a. O. S. 281 flg.

90) Klein's Annalen Bd. XXIII, Nr. 15, S. 213 flg. Verb. v. Kircheisen in Mathis a. a. O. Bd. IV, S. 232 f.

91) Nach einem Rescript vom 3. November 1810 (Mathis Bd. IX, S. 512) sollten bis zum Erlasse einer officiellen Sammlung die in Mathis juristischer Monatsschrift 1805 bis 1811 abgedruckten Rescripte des Justizministeriums als gesetzliche Erklärungen angesehen werden. Auch Amelang, neues Archiv der preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. Berlin 1800—1806. 4 Bde. 8. enthält authentische Erlasse (Rescript vom 19. Febr. 1810).

92) S. die Hauptregister zur Gesetzsammlung für 1806—1830, 1831—1835, 1836—1840, 1841—1845, 1846—1850. Fürstenthal, dreifaches Hauptregister zur Gesetzsammlung von 1806—1841, in chronolog., systemat. und alphabet. Ordnung. Königsberg 1841. 8. Brand, Handbuch der preußischen Gesetzsammlung von 1806—1845. Breslau 1846. 8. Klettke, Repertorium der Gesetzsammlungen bis 1852 incl. Berlin 1846—1853. P. Sinnhold, die Amtsblattsgesetzgebung des königl. preußischen Staates, 1811—1844. Liegnitz 1845 flg. 4. Für die einzelnen Regierungsbezirke hat man besondere Repertorien. Eines der vollständigeren bis 1852 incl. für Arnsberg von Essellen und Waddigen. Arnsberg 1844. 1853. 8.

Rechtsverwaltung, Berlin 1813—1845, in 66 Bänden (dazu Repertorien von Sonnenberg, Leittner, Gräff, von dem auch eine Sammlung sämmtlicher in den Jahrbüchern enthaltenen Verordnungen veranstaltet ist. 13 Bde. 8.), während die Rescripte für die Administration in v. Kamptz Annalen für die innere Staatsverwaltung, Berlin 1817—1839. 23 Bde. zu je 4 Heften sich vorfinden. Dazu kommt seit 1839 ein Justizministerialblatt für die Gesetzgebung und Rechtspflege, herausgegeben im Bureau des Justizministeriums, und seit 1840 ein Ministerialblatt für die gesammte innere Verwaltung, herausgegeben im Bureau des Ministeriums des Innern. Von dem königlichen Revisionscollegium für Landesculturfachen erscheint seit 1848 eine Zeitschrift für die Landesculturgesetzgebung der preußischen Staaten, Berlin in 8. Mit einer gewissen Vollständigkeit werden sämmtliche Erlasse der verschiedenen Staatsbehörden, die ein allgemeineres Interesse haben in dem königlich preußischen Staatsanzeiger seit Juli 1851 mitgetheilt. Als Privatsammlungen der Quellen, jedoch zugleich mit Abhandlungen, Rechtsfällen u. a. m. vermischt, sind vornämlich zu erwähnen, Klein's Annalen, Berlin 1799—1809. 26 Bde. 8. Eisenberg und Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung und der juristischen Literatur, Berlin 1795—1799. 6 Bde. 8. Stengel und (vom 9. Bande ab) v. Hoff, neue Beiträge u. s. w. Berlin und Halle 1799—1803. 12 Bde. 8. Amelang und Gründler, Archiv der preußischen Gesetzgebung, Berlin 1799 u. 1800. 3 Bde. 8. Amelang, neues Archiv. Mathis, Monatsschrift (s. Anm. 87).

Repertorien sind veranstaltet von Hoffmann (P. J. G.), Repertorium der preuß. brandenburg. Landesgesetze u. s. w. 5 Th. u. 3 Bde. Forsetzungen, Züllichau 1800—1817. Kretzschmer, vollständiges Repertorium aller königl. preußischen Landesgesetze, Danzig 1830. 3 Bde. 8. v. Rabe, neues Hilfsbuch für practische Juristen oder dreifaches Repertorium preußischer Gesetze und Verordnungen, Berlin 1825—1827. 3. Bde. 8. (der zweite Band dient als Register zu der oben genannten v. Rabe'schen Sammlung). Während in diesen Schriften nur kurze Uebersichten gegeben sind, enthält den Anfang eines vollständigen Abdruckes in alphabetischer Ordnung, Richter, Repertorium der königl. preußischen Landesgesetze, Leipzig 1832—1835. 7 Bde. 8. (A. und Anfang von B.). Das beste, zugleich das wissenschaftliche Bedürfniß berücksichtigende, sich an die Ordnung der Gesetzbücher anschließende Repertorium ist: Gräff, Koch, v. Rönne, Simon und Wentzel, Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft, 3. Ausg. Breslau 1848 ff.

Außer der an den geeigneten Stellen anzuführenden Literatur genüge hier noch die Hinweisung auf folgende allgemeine literarische Hilfsmittel: v. Kamptz, Literatur des preußischen Rechtes, Berlin und Wetzlar 1807. 8. Nachträge dazu in Mathis juristischer Monats-

schrift. Bd. 2, S. 166 flg. F. J. Hafemann, Bibliothek des preußischen Rechtes, Berlin 1835. 8. In der zu Leipzig 1840 und 1849 erschienenen bibliotheca iuridica, zuerst herausgegeben von Enslin, dann von Wilh. Engelmann, erhält man durch das angehängte Materienregister eine gute und ziemlich vollständige Uebersicht der Literatur für das preußische Recht von 1750—1849.

Weder im Gebiete des formellen, noch materiellen Rechtes war durch die von Friedrich dem Großen veranlaßte Codification erreicht, was durch dieselbe erstrebt und von ihr erwartet wurde. Waren schon anfangs manche Anordnungen, um der ihnen zu Grunde liegenden Principien willen, nicht ganz ausführbar, so mußten die politischen und staatsrechtlichen Veränderungen seit dem Tilsiter Frieden deren Anwendbarkeit noch mehr alteriren. Durch eine große Anzahl der wichtigsten Einzelverordnungen aus den Jahren 1807 bis 1811, welche sämmtlich weiter unten berücksichtigt werden sollen, waren die bisherigen Gesetzbücher zum Theil so bedeutend modificirt worden, daß deren neue Redaction nothwendig wurde. Durch die Cabinetsordre vom 3. November 1817 wegen der Geschäftsführung bei den Oberbehörden in Berlin, konnte indessen erst darauf näher eingegangen werden. Der König erklärte darin[93]): „das allgemeine Landrecht und die Gerichtsordnung erfordern eine Revision, um beide den Veränderungen anzupassen, die seit ihrer Publication vorgefallen sind. Alle diese Gegenstände übersteigen die Kräfte eines Mannes, der zugleich mit der gewöhnlichen Leitung des Justizministeriums beladen ist. Ich habe daher beschlossen, sie dem Staatsminister v. Beyme aufzutragen &c." Diesem erlaubten aber mannigfache Hindernisse nicht, dem Auftrage weiter, als bis auf einige Erörterungen einzelner Gegenstände der Gesetzgebung im allgemeinen, sich zu widmen[94]). An seine Stelle trat nach der Cabinetsordre vom 11. Juli 1825 der Justizminister v. Dankelmann, welcher durch die Circulare vom 26. December 1825 und 10. Mai 1826 an sämmtliche Justizcollegien die Aufforderung erließ, die erforderlichen Vorschläge zu machen. Die formellen Gesichtspunkte für das Revisionswerk bezeichnete die Cabinetsordre vom 28. Januar, die materiellen die vom 24. Juli 1826[95]). Es heißt darin: „Es ist nicht Mein Wille, eine neue Gesetzgebung in die Stelle der gegenwär-

93) A. a. O. Nr. IV. Gesetzsammlung 1817 S. 290.

94) Vergl. über die neueren legislatorischen Arbeiten überhaupt v. Kamptz Jahrbücher Bd. XLII, S. 233 flg. (Historische Nachrichten über die neuere preuß. specielle und transitorische Gesetzgebung) Bd. LVIII, S. 325 flg. (Kurze Uebersicht der Revision der Gesetzgebung von 1831 bis 1841) und vorzüglich v. Kamptz actenmäßige Darstellung der preuß. Gesetzrevision. Berlin 1842. 8. (auch in v. Kamptz Jahrbuch Bd. LX und desselben Annalen. 1839. H. 4 als Anhang). S. auch Klein, System des preuß. Civilrechtes, umgearbeitet von Rönne, Bd. I, §. 13. v. Daniels Lehrbuch Bd. I, S. 91 flg.

95) v. Kamptz, actenmäßige Darstellung S. 231 flg.

tigen treten zu lassen ... Meine Absicht ist vielmehr, daß die jetzt bestehende Gesetzgebung zu Grunde gelegt und aufrecht erhalten werde, daß aber in das Landrecht und die Gerichtsordnung nicht blos eingeschaltet werde, was seit ihrer Emanation neu hinzugekommen oder abgeändert ist, sondern daß dasjenige, was sich nach den von Gerichts- und Verwaltungsbehörden aus mehrjähriger Erfahrung geschöpften Bemerkungen in der Ausführung und Anwendung entweder an sich als unrichtig, mangelhaft, unbestimmt, oder als für das Bedürfniß der gegenwärtigen Verhältnisse unzureichend erwiesen hat, einer gründlichen Prüfung unterworfen und nach dem Resultat derselben berichtigt, ergänzt, erläutert und vervollkommnet werde." Die Materialien der Revision selbst wurden hierauf in XVI Abschnitte (Pensa) vertheilt und besonderen Deputationen zur Bearbeitung überwiesen, nämlich I. die Strafgesetze (Allg. Landrecht Th. II, Tit. XX). II. Die Criminalordnung. III. Das Hypothekenrecht, nebst der Hypothekenordnung auch die übrigen im allgem. Landrecht Th. I, Tit. XX enthaltenen Rechte auf die Substanz fremder Sachen. IV. Die 46 ersten Titel der Proceßordnung. V. Die Titel 47 bis 52 derselben. VI. Theil II. und III. der Gerichtsordnung nebst dem Registratur- und Kanzleireglement, den Gesetzen über die organische Einrichtung der Gerichte und dem Sportelkassenreglement. VII. Die Depositalordnung und von Vormundschaften und Curatelen. VIII. Das Handelsrecht (Allg. Landrecht Th. II, Tit. VIII, Abschn. 8—14). IX. Das Kirchen- und Schulrecht (Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI u. XII). X. Das Städte-, Bauern-, und Lehenrecht (Allg. Landrecht Th. I, Tit. XVIII. Th. II, Tit. VII). XI. Das Bergwerkregal (Allg. Landrecht Th. I, Tit. XVI, Abschn. IV). XII. Das öffentliche und Verwaltungsrecht (Allg. Landrecht Th. II, Tit. XIII—XVII, XIX). XIII. Die dinglichen Rechte (Allg. Landrecht Th. I, Tit. II, VII—X, XIX, XXI, XXII). XIV. Die Contractsrechte (Allg. Landrecht Th. I, Tit. III—VI, XI, XIII—XVI, XXI, Abschn. 3). XV. Die Personenrechte (Allg. Landrecht Th. I, Tit. I. Th. II, Tit. I—V). XVI. Das Erbrecht (Allg. Landrecht Th. I, Tit. IX, Abschn. 8. Tit. XII, XVI, §. 500—512. Th. II, Tit. I, Abschn. 7. Tit. II, Abschn. 5—7. 11. Tit. III, §. 31—53. Tit. IV, Abschn. 2—5.) Entwürfe für einzelne dieser Materien, zum Theil auch besondere Verordnungen (s. unten) waren die Ergebnisse der Arbeit bis zum Tode des Ministers v. Dankelmann 1830. Hierauf wurde 1832 das Justizministerium in das für die Verwaltung und die Gesetzrevision getheilt und unterm 9. Februar d. J. das letztere dem Minister v. Kampz übertragen [96]).

Das Resultat zehnjähriger Bemühungen war, außer mehreren Einzelgesetzen, daß I. das allgemeine bürgerliche Recht, 1) in seinem ganzen Umfange revidirt und das neue bürgerliche Gesetzbuch im ersten Entwurfe und 2) mit Ausnahme des Personen-, Familien-

---

96) Gesetzsammlung 1832 S. 15.

und Erbrechtes, des Handelsrechtes und der Lehre von den einzelnen Verträgen, auch im letzten Entwurfe abgefaßt wurde. II. Daß die bürgerliche Proceßordnung revidirt und ihrem ganzen Umfange nach im ersten, und der erheblichste Theil auch im letzten Entwurfe ausgearbeitet worden. III. Daß das materielle Strafrecht und die Strafproceßordnung revidirt, die Entwürfe zu beiden vollständig ausgearbeitet wurden.

Durch Cabinetsordre vom 28. Februar 1842 wurde v. Savigny zum Justizminister für die Gesetzrevision ernannt[97]) und gleichzeitig eine Gesetzcommission errichtet, in welcher die Gesetzentwürfe oder solche Haupt- und Principienfragen, von deren Entscheidung die Bearbeitung der Entwürfe abhängig, collegialisch berathen und zur weiteren Prüfung in den höheren Stadien der Legislation verbreitet werden sollten[98]).

Bis zum Jahre 1848 war die Reform der Gesetzgebung durch den Erlaß einzelner, mehr oder minder umfassender Verordnungen wesentlich gefördert, als die Veränderung der bisherigen Verfassung in nicht wenigen Gebieten einen anderen Weg einzuschlagen veranlaßte, dessen consequente Verfolgung sich indessen nicht als heilsam bewährt hat, so daß zu den früher und länger als heilsam erkannten Principien wieder mehrfach zurückgekehrt werden mußte. In welchem Zustande sich gegenwärtig die preußische Gesetzgebung befindet, wird an den einzelnen Rechtsmaterien weiterhin nachgewiesen werden. So viel steht für jetzt fest, daß von einer Gesammtrevision und neuen Redaction der Gesetzbücher, wie dieselbe seit 1817 beabsichtigt war, längere Zeit nicht füglich die Rede sein kann.

Nach dieser Betrachtung der allgemeinen wenden wir uns zur

Provinzial-Gesetzgebung[99])

Neben dem gemeinen Rechte hat sich von jeher mit historischer Nothwendigkeit particulares Recht gebildet. Die einzelnen jetzt zur preußischen Monarchie gehörigen Bestandtheile haben vor ihrer Verbindung mit derselben eine mehr oder weniger selbstständige Existenz gehabt

---

97) Gesetzsammlung 1842 S. 83. Verb. das Publicandum vom 18. Mai 1842 im Justiz-Minist.-Blatte d. J. Nr. 21.

98) Cab.-Ordre vom 28. Februar und 8. April 1842 (Justiz-Minist.-Bl. d. J. S. 183). Die 1780 errichtete Gesetzcommission (s. oben Anm. 76) war seit 1806 bereits stillschweigend eingegangen.

99) Im allgemeinen vergl. man v. Kamptz, die Provinzial- und statutarischen Rechte der preußischen Monarchie. Berlin 1826—1828. 3 Bde. 8. Hafemann, Bibliothek des preuß. Rechtes S. 116 flg. und die Anm. 90 cit. Schriften. Eine mehr populäre Darstellung erschien in Berlin bei Heymann 1843. 1844 in 6 Theilen unter dem Titel: Die Provinzialgesetze und Statuten der Provinz (Preußen, Pommern u. s. w.). Ein Leitfaden in Rechtsangelegenheiten für die Bewohner der genannten Provinz.

und in dieser eine eigene Rechtsentwickelung besessen. Beim Uebergange in den preußischen Staat ist das zur Zeit vorhandene Recht denselben nicht entzogen, sondern nur soweit modificirt worden, als der Gesammtverband des Theiles mit dem Ganzen dies erheischte. Jede Landschaft hat daher stets ihr früheres Recht als ein provinzielles beibehalten und Friedrich II. war weit entfernt, dasselbe aufzuheben. Er betrachtete vielmehr das Provinzialrecht als das Hauptrecht, zu dessen Ergänzung das gemeine Recht dienen sollte und bestimmte deshalb auch in der Cabinetsordre v. 14. April 1780 (s. Anm. 76): Es soll „ein subsidiarisches Gesetzbuch, zu welchem der Richter beim Mangel der Provinzialgesetze recurriren kann, angefertigt werden". Bei der Sammlung der Materialien, die man übrigens schon 1728, 1738 und 1749 beabsichtigt hatte[100]), ergaben sich aber viel größere Schwierigkeiten, als bei der freieren Zusammenstellung der allgemeinen Gesetzbücher, welche daher auch schneller bewirkt werden konnte. Zwar erklärte v. Carmer noch im Sinne des Königs bei dem Abdrucke des Entwurfes zum allgemeinen Gesetzbuche, es sei die Absicht desselben: „blos das zu ergänzen, was in solchen Specialgesetzen (Provinzialrechten und Statuten) entweder gar nicht oder nicht deutlich und vollständig genug bestimmt worden", und bis zur Publication des allgemeinen Landrechtes blieb dies auch der leitende Gedanke. Da aber das Landrecht in großer Vollständigkeit bereits vorlag, ehe noch ein einziges Provinzialrecht in seinem Zusammenhange übersehen werden konnte, änderte sich der Gesichtspunkt so, daß das gemeine Recht das Hauptrecht wurde, und das Provinzialrecht nun zu dessen Erwägung dienen sollte[101]). Die Provinzialrechte wurden daher in der Form von Zusätzen zum Landrechte nach und nach gesammelt. Vollendet wurde auch nur das ostpreußische Provinzialrecht (publ. Th. I und Th. II, Tit. 1—4 d. 4. August 1801, Th. II, Tit. 5 flg. d. 6. März 1802) und — das westpreußische, publicirt d. 19. April 1844, während die übrigen in mehrfach revidirten Entwürfen seit 1826, besonders aber seit 1832 ausgearbeitet sind. Nachdem 1842 v. Savigny die Gesetzrevision fortzuführen begonnen, lag die Vollendung der Redaction sämmtlicher Provinzialrechte nicht mehr im Sinne des Gouvernements, und bemerkenswerth ist in der Hinsicht der Landtagsabschied für Schlesien und Brandenburg vom 27. Decem-

100) S. Generale an alle Gerichte und Magistrate der Kurmark wegen Einsendung ihrer Stadtrechte und Gewohnheiten d. d. 16. October 1728 (Mylius, C. C. M. Tom. II. Abth. II, S. 791). Rescript vom 26. Febr. 1738 (C. C. M. Contin. I, S. 134). Rescript vom 21. Mai 1749 (Hymmen, Beiträge zur jurist. Literatur H. III. S. 174 Anm. 9).

101) Vergl. v. Harthausen über den Begriff, den Umfang und das Verhältniß des Provinzialrechtes zum allgemeinen Landrechte, in v. Kamptz Jahrbuch Bd. XLIII, S. 3 flg. Fragmente über Codification der Provinzialrechte, daselbst Bd. XLVIII, S. 359 flg. v. Kamptz, actenmäßige Darstellung cit. §. 2, 39.

der 1845, in welchem der König erklärt: „Einverstanden mit der von den Ständen ausgesprochenen Ueberzeugung, daß kein dringendes Bedürfniß vorhanden, es selbst nicht rathsam sei, mit der Codification des Provinzialrechtes in seiner Gesammtheit vorzuschreiten, werden Wir nur diejenigen Theile dieses Rechtes weiter bearbeiten und legislativ feststellen lassen, bei welchen sich ein Bedürfniß für streitige Rechtsfragen ergeben hat." Demgemäß ist in der mannigfachsten Anwendung seitdem verfahren. Die Provinzialrechte haben aber noch immer ihre practische Bedeutung und müssen daher, unter Berücksichtigung des Verhältnisses der einzelnen Provinzen zum ganzen Staate, hier übersichtlich nachgewiesen werden. Was insbesondre die (zum Theil als Manuscript gedruckten) Entwürfe der Provinzialgesetze betrifft, so haben diese für die Praxis selbst unverkennbaren Werth und deshalb auch in iudicando Anerkennung gefunden. Der höchste Gerichtshof des Staates hat sich darüber bei Gelegenheit eines concreten Falles dahin ausgesprochen: „Der Entwurf bildet zwar kein als Gesetz emanirtes Provinzialrecht, verdient aber dennoch volle Beachtung, theils weil das Werk im amtlichen Auftrage, nach vorgängiger Berathung mit ständischen Deputirten, verfaßt worden, theils und vornämlich deshalb, weil der Entwurf auf öffentlich bekannt gemachten Verordnungen beruht[102])".

1) Das Provinzialrecht der Provinz Preußen.[103])

Die Provinz Preußen — Ost-, Westpreußen und Litthauen — mit den Regierungsbezirken Königsberg, Danzig, Marienwerder und Gumbinnen, und den Appellationsgerichten zu Königsberg, Marienwerder und Insterburg, $1178_{,03}$ □Meilen mit 2,499,420 Einwohnern, ist dem Staate allmälig zugefallen (s. oben Anm. 11 ff. 23, 39 f.). Das hier geltende Recht war seit Beginn her culmisches, beruhend auf dem Privilegium vom 28. December 1232 und dessen Erneuerung von 1251, magdeburgisches, preußisches, polnisches und lübisches[104]). Die beiden zuerst genannten Rechte behaupteten aber immer das Uebergewicht und wurden seit dem sechszehnten Jahrhunderte mehrfach umgearbeitet[105]). Außerdem erhielt das herzogliche Preußen noch ein aus den gemeinen und localen Rechten von Levin v. Buch zusammengestelltes Landrecht im Jahre 1620, revidirt als kurfürstliches Landrecht 1685, und nach einer Revision v. Cocceji's am 27. Juni 1721 publicirt als Landrecht des Königreiches Preußen. Aus diesen und anderen Quellen ist das ostpreußische Provinzialrecht, Berlin

---

102) Rechtsfälle des geheimen Obertribunals. (Berlin 1847. 8.) Bd. II, S. 102.

103) Literatur bei Hafemann, Bibliothek S. 134 flg.

104) Voigt, über die Rechtsverfassung Preußens während der Zeit der Ordensherrschaft. Marienwerder 1834. 8. (aus der Zeitschrift für Theorie und Praxis Bd. I, H. I, Nr. 2), verb. desselben preußische Geschichte Bd. VI.

105) Schweikart in v. Kamptz Jahrbüch. Bd. XXVI u. XXXI.

1801 u. 1802 hervorgegangen, in Anwendung seit dem 1. Januar und resp. 1. September 1802. (Dazu erschien von Leman: Versuch eines Anhanges, Insterburg 1816 und ein Handbuch 1821—1826 in drei Heften.) Es besteht das Ganze aus 241 Zusätzen zum Landrechte und gilt, soweit nicht die spätere Legislation Modificationen herbeigeführt hat, noch jetzt. Die Nothwendigkeit einer Revision ergab sich übrigens schon 1811, doch wurde derselben erst seit 1827 entsprochen. Die Resultate sind ein: revidirter Entwurf nebst Motiven, Berlin 1836 und ein Gutachten des Tribunals zu Königsberg darüber, Berlin 1841. Eine definitive Beschlußnahme ist nicht erfolgt und im Landtagsabschiede vom 7. November 1841 Nr. 21 auf die zuvor zu beendigende Revision des allgemeinen Landrechtes hingewiesen. Zu den wichtigeren neueren Gesetzen gehören die Fischereiordnungen vom 7. März 1845, die Schulordnung vom 11. December 1845 (statt Zusatz 215—224) u. a.

Die Materialien des westpreußischen Rechtes wurden zuerst im Jahre 1800 und 1806 zu besonderen Entwürfen ausgearbeitet und im Jahre 1830 von Leman (Provinzialrecht von Westpreußen, Leipzig 1830. Bd. I und II) neu redigirt. Daraus ging der: Entwurf des bestehenden westpreußischen Provinzialrechtes, Berlin 1837 und in demselben Jahre der: Revidirte Entwurf nebst Motiven hervor. In Gefolge eines Gutachtens des Tribunals zu Königsberg, Berlin 1841, und der Berathungen des 7. und 8. preußischen Landtages, erging das Patent wegen Publication des Provinzialrechtes von Westpreußen am 19. April 1844[106]). Das neue Gesetz, aus 87 Paragraphen bestehend, gilt seit dem 1. Juli d. J. in den Landestheilen, welche 1806 zu Westpreußen gehörten, mit Einschluß des Thorner Kreises. Ausgenommen sind aber die zum früheren Marienwerder'schen landräthlichen Kreise gehörigen Landestheile, für welche das ostpreußische Provinzialrecht gilt[107]), sowie die Stadt Danzig und deren Gebiet nach dem Umfange von 1793. Als Danzig 1793 an Preußen fiel, wurde durch Patent vom 2. Juni das Statutarrecht in privatrechtlicher Hinsicht bestätigt, namentlich das culmische, die

---

106) Gesetzsammlung d. J. S. 103 f. Dazu kommt noch die Verordnung vom 22. März 1844 über die Erbtheilungstaxen bäuerlicher Nahrungen (Gesetzsammlung S. 70), deren Geltung neben dem Provinzialrechte die Cabinetsordre vom 23. Februar 1848 (Gesetzsammlung d. J. S. 86) anerkannt hat; desgleichen die erwähnte Schulordnung vom 11. December 1845.

107) S. ostpreuß. Provinzialrecht. Zusatz 1, §. 2. Bekanntmachung des Oberpräsidiums von Preußen und des Oberlandesgerichtes von Marienwerder über den Umfang der Giltigkeit des Provinzialrechtes vom 15. und 19. März 1845, in den Amtsblättern und v. Kamptz Jahrbüch. Bd. LXV, S. 59 f. Vgl. auch Leman, historisch-geographische Einleitung in die Provinzialrechte Westpreußens. Marienwerder 1830. 8. Eine vollständige Sammlung des Materials zur Erläuterung dieses Rechtes findet man bei v. Vegesack, Westpreußisches Provinzialrecht. Danzig 1845. 2 Bde. 8.

Wechselordnung vom 8. März 1701 und die neue revidirte Danziger Willkür von 1761. Für den Freistaat Danzig erhielt durch Publicandum vom 17. Juni 1808 der Code Napoléon die Bedeutung eines Hilfsrechtes, mit Abschaffung des römischen, canonischen und des preußischen Landrechtes. Nach der Reoccupation wurde aber der Code abgeschafft (Verfügung der Organisationscommission vom 24. März 1814 im Amtsblatte d. J. S. 177) und das Landrecht restituirt. Aus den vorgenannten Statuten und späteren Verordnungen bearbeitete Leman 1830, das: Particularrecht von Danzig (Provinzialrecht von Westpreußen Bd. III). Darauf ruht der: Entwurf des bestehenden Danziger Particularrechtes, Berlin 1837, sowie der in demselben Jahre erschienene: Revidirte Entwurf nebst Motiven. Er wurde zugleich mit dem westpreußischen Provinzialrechte auf den Landtagen berathen, ist aber nicht publicirt: denn „es stehen bedeutende Hindernisse entgegen ... nicht sowohl technischer, als legislativer Natur. Ein fester angemessener Rechtszustand kann hier nicht auf dem Wege der bloßen Revision, sondern nur auf dem der Legislation begründet werden".[108]).

2) Das Provinzialrecht der Mark Brandenburg[109]).

Die Mark Brandenburg zerfällt in zwei Regierungsbezirke, Potsdam und Frankfurt, und zwei Obergerichtskreise, des Kammergerichtes und des Appellationsgerichtes zu Frankfurt an der Oder mit $734,_{14}$ QM. und 2,129,022 Einw., und bildet das Centrum der gesammten Monarchie. Der Rechtszustand beruhte hier bis zum Anfange des sechszehnten Jahrhundertes fast ausschließlich auf Gewohnheitsrechten, welche sich mit Anschluß an den Sachsenspiegel gebildet hatten. Auch das magdeburger, lübische und flämische Recht hatte vielfach Einfluß gewonnen. Kurfürst Joachim I. (1499—1535) änderte den bisherigen Rechtszustand, indem er das Sachsenrecht abschaffte und dafür das Kaiserrecht — römisches, longobardisches und canonisches — einzuführen beschloß[110]), die einheimischen Gewohnheiten daneben durch eigene Verordnungen aber sicher stellte[111]). Die von ihm erlassene Polizeiord-

108) v. Kamptz, actenmäßige Darstellung. S. 153 u. 154.

109) Literatur bei Hafemann Bibliothek S. 116 flg., insbesondre Riedel, geschichtliche Nachrichten von dem märkischen Provinzialrechte, in dessen Magazin des Provinzial- und statutarischen Rechtes der Mark und des Herzogthums Pommern. Berlin 1837. Bd. I, Abth. I, Abschn. I. Vergl. auch Sammlung der Provinzial- und statutarischen Gesetze in der Mark Brandenburg. Berlin 1832 u. 1833. 3. Bde. 8.

110) S. v. Raumer, über die Einführung des römischen Rechtes in der Kurmark Brandenburg, in v. Ledebur's allgem. Archiv für die Geschichtskunde des preuß. Staates. Bd. V, S. 312 flg. Laspeyres, die Reception des römischen Rechtes in der Mark Brandenburg und die preuß. Gesetzgebung vor König Friedrich II., in Reyscher und Wilda, Zeitschrift für teutsches Recht. Bd. VI, S. 1 flg.

111) Vergl. v. Kamptz, die Provinzialrechte der preußischen Monarchie.

nung der Städte von 1515, Kammergerichtsordnung von 1516 u. a., wurden von den folgenden Regenten wiederholt revidirt. Unter Johann Georg erschienen 1594 eine neue vom Kanzler Lamprecht Diestelmeier († 1588) und dessen Sohn und Nachfolger Christian Diestelmeier bearbeitete Kammergerichts- und Landesordnung[112]), welche zwar nicht publicirt wurden, auf die Rechtsentwickelung jedoch bedeutenden Einfluß übten. Nach wiederholten neuen Entwürfen ward erst im Jahre 1709 die Kammergerichtsordnung publicirt[113]). Dazu kam am 8. Juli 1717 eine Criminalordnung[114]), eine Vormundschaftsordnung den 23. September 1718[115]), ein allgemeines Wechselrecht den 25. September 1724[116]) und viele andere Verordnungen. Eine Zusammenstellung derselben als Provinzialrecht wurde wiederholt begonnen (1728, 1749, 1798), erst seit 1827 aber dem Abschlusse näher gebracht. So erschien: das jetzt bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg von Carl Scholtz, Berlin 1834 in 2 Abtheilungen, das Provinzialrecht der Altmark nach seinem Standpunkte im Jahre 1835, von A. W. Götze, Magdeburg 1836, in 2 Theilen, und das jetzt bestehende Provinzialrecht der Neumark von W. v. Kunow, Berlin 1836, in 2 Abtheilungen; sämmtlich sehr gründlich ausgearbeitete Entwürfe nebst Motiven. Die in den Jahren 1836 bis 1839 darüber gehaltenen Berathungen wurden besonders gedruckt[117]) und darauf vom Justizministerium für die Gesetzrevision neue Entwürfe abgefaßt. Der Berlin 1841 in 4. erschienene revidirte Entwurf nebst Motiven behandelt in drei Theilen I. das Civilrecht, 1) das Sachen- und Vertragsrecht, 2) das Familien- und Erbrecht; II. das Lehenrecht; III. das Kirchen- und Schulrecht. Die folgenden Landtage haben ihre Berathung auf einen Theil dieser Entwürfe mit erstreckt und sich gegen eine vollständige Codification erklärt. Hiernach erscheinen alle diese Vorarbeiten für die Praxis zwar als Anhalt, aber nicht als Gesetz; doch sind einzelne Materien bereits auf Grund jener Entwürfe durch besondere Verordnungen näher geregelt worden. So wegen des Gnadenjahres durch Circulare vom 6. Januar 1844[118]), wegen der Vermögensverwaltung der Kirchen, Pfarren und

---

Bd. I, S. 5 flg. Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution von 1527. Berlin 1841.

112) Beide sind gedruckt in Mylius C. C. M. Tom. VI. Abth. III, S. 1 flg., 98 flg.

113) C. C. M. T. II. nr. 119.

114) C. C. M. T. II. Abth. III. Nr. 32.

115) C. C. M. T. II. Anhang Nr. 32, bestätigt den 9. März und 13. Juli 1795, sowie d. 6. Dec. 1796. (N. C. C. T. IX. S. 2500. T. X. S. 1867. 1911 flg.)

116) C. C. M. T. II. Anhang Nr. 43.

117) Einen vollständigen Nachweis der Titel findet man bei v. Kamptz actenmäßige Darstellung §. 43, S. 145.

118) S. Revidirter Entwurf Th. III, §. 124. Motive S. 52, und das Circulare von 1844 im Ministerialblatt des Innern d. J. S. 29.

kirchlichen Stiftungen durch Cabinetsordre vom 11. Juli 1845 nebst Instruction zu deren Ausführung vom 6. August d. J.[119]); desgleichen einzelne spätere Specialgesetze, wie das Reglement über die Landarmenpflege vom 14. Januar 1848[120]).

Auch das Provinzialrecht der Ober- und Niederlausitz[121]) ist hier mit zu berücksichtigen. Die Lausitz, begrenzt von Böhmen, Meißen, der Mark und Schlesien, gehörte, mit Ausnahme des, vor dem Tilsiter Frieden Brandenburgischen, Cottbusser Kreises, bis zum Jahre 1815 zum Königreiche Sachsen. Nach der Christianisirung der hier angesessenen Sorben 968 hieß der nördliche Theil die Mark Lusicz, der südliche die Mark Büdsetz und Gorelez (Budissin und Görlitz), oder seit dem Ende des fünfzehnten Jahrhundertes jener die Nieder-, dieser die Oberlausitz. Nach dem Wechsel verschiedener Herren kamen im vierzehnten Jahrhunderte beide Herrschaften an Böhmen und blieben mit diesem bis 1635 vereinigt, worauf sie im Frieden zu Prag als böhmisches Lehen vom Kaiser an Sachsen abgetreten wurden. Von den kursächsischen Erblanden gesondert und zu keinem Kreise des Landes gerechnet, hatten sie ihre eigenthümliche Verwaltung, und die Oberlausitz zumal war vielfach privilegirt. Im Jahre 1807 wurde damit noch der Cottbusser Kreis verbunden. Im Wiener Frieden am 18. Mai 1815 fiel die ganze Niederlausitz und die größere im Norden und Osten gelegene Hälfte der Oberlausitz an Preußen, worauf eine Verschmelzung mit der Provinz Brandenburg und Schlesien erfolgte. Durch die Patente vom 22. April und 15. November 1816 ward seit dem 1. Juni 1816 die allgemeine preußische Gerichts- und Criminalordnung, seit dem 1. März 1817 das allgemeine Landrecht eingeführt[122]), doch sollten die bisher bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten noch fernerhin ihre gesetzliche Kraft und Giltigkeit dergestalt behalten, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach ihnen, und erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des Landrechtes zu beurtheilen sind. (Patent vom 15. November 1816 §. 2—4.) Daher kommen böhmische, sächsische und andere Gesetze hier noch in Betracht, deren nähere Feststellung dem Ministerium für Gesetzrevision im Verein mit den Ständen aufgetragen wurde. Das Ergebniß der desfallsigen Arbeiten war: das Provinzialrecht des Markgrafthums Niederlausitz in zwei Abtheilungen, nebst einer Darstellung der früheren niederlausitzischen Verfassung von J. W.

---

119) S. Revidirter Entwurf Th. III, §. 26 flg. Motive S. 18 flg. Gesetzsammlung von 1845 S. 485 flg. Ministerialblatt des Innern 1845 S. 210 flg.

120) Gesetzsammlung 1848 S. 37 flg.

121) S. v. Kamptz, die Provinzialrechte der preußischen Monarchie Bd. III, S. 609 flg.

122) Gesetzsammlung 1816 S. 124, 233.

Neumann, Justizcommissarius, Frankfurt an der Oder 1837. 8. Diesem folgte ein anderweiter Entwurf, welcher geprüft und als: Revidirter Entwurf nebst Motiven, Berlin 1841 dem Landtage übergeben wurde. Die definitive Feststellung ist indessen nicht erfolgt. Für die Oberlausitz[123]) wurde 1833—1835 von den Landgerichtsräthen Richter und Heino zu Görlitz ein Entwurf ausgearbeitet, und nach wiederholter Prüfung als: Entwurf zum oberlausitzischen Provinzialrechte nebst Motiven in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LXIII S. 321—446 und Bd. LXIV S. 3—133 abgedruckt. Vgl. den Abdruck der noch giltigen Gesetze, nach Ordnung des Landrechtes, unter dem Titel: Provinzialrecht der preußischen Oberlausitz, Breslau 1837. 8.[124])

3) Das Provinzialrecht von Sachsen[125]).

Die jetzige Provinz Sachsen enthält in drei Regierungsdepartements, Magdeburg, Merseburg und Erfurt, $460,_{63}$ □Meilen mit 1,781,297 Einwohnern, und ist aus theils altpreußischen, theils neu erworbenen, vorzüglich sächsischen Districten, gemäß Verordnung vom 30. April 1815[126]) neu gebildet worden. Zum Bezirke der Regierung Niedersachsen in Magdeburg gehören das Herzogthum Magdeburg mit dem Kreise Ziesar, doch ohne den Saal- und Luckenwalder Kreis; die Altmark nebst dem eingeschlossenen Amte Klötze und dem vormals Lauenburg'schen Amte Neuhaus; Halberstadt mit den Herrschaften Derenburg und Hasserode, Quedlinburg, das Amt Elbingerode, die Grafschaft Wernigerode, die Herrschaft Schauen, die Grafschaft Barby und Gommern mit Elbenau, doch ohne Walter-Nienburg. Zum Bezirke der Regierung des Herzogthums Sachsen zu Merseburg gehören der Saalkreis, die ganze vormals preußische und sächsische Grafschaft Mannsfeld, und von den übrigen an Preußen gefallenen, vormals sächsischen Landestheilen: der Kur- und Wittenberger Kreis, mit Ausnahme des Amtes Belzig und der Herrschaft Baruth; der Antheil des Meißener

---

123) Vgl. bes. Kollection der das Markgrafthum Oberlausitz betreffenden Gesetze und Anordnungen. Budissin 1770—1799. 4 Bde. 4.

124) Von einzelnen neueren Verordnungen würden vornämlich hervorzuheben sein für die Oberlausitz die vom 11. April 1846, betr. die Beitragspflicht zur Unterhaltung von Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden (Gesetzsammlung S. 164), für die Niederlausitz die Cabinetsordre vom 8. Juni 1846 nebst Regulativ vom 17. Mai d. J., betr. die Verwaltung des Landarmenwesens u. s. w. (Gesetzsammlung S. 251 flg.). Besondere Beachtung verdient auch der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 6. December 1852 über die Geltung der landrechtlichen Vorschriften in Beziehung auf die Kirchenbaulast in der Niederlausitz, wegen der Motivirung. (Preuß. Staatsanzeiger 1853 Nr. 21. Entscheidungen des Obertribunals Bd. XXIV, S. 1—20. Berlin 1853. 8.)

125) Literatur bei Hafemann, Bibliothek S. 145 flg. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 299 flg.

126) Gesetzsammlung d. J. S. 95.

Kreises, mit Ausnahme der Aemter Fürstenwalde (Finsterwalde) und Senftenberg; der Antheil des Leipziger Kreises, der Antheil an den Stiften Merseburg und Naumburg-Zeitz; die Aemter Querfurt und Heldrungen; der Thüringer Kreis, mit Ausnahme der Aemter Langensalza und Weißensee und der vom Kreisamte zu Tennstädt verwalteten Orte und Gerechtsame; die Grafschaft Stolberg und das Amt Walter-Nienburg. Zum Bezirke der Regierung in Thüringen zu Erfurt gehören die Stadt Erfurt nebst Gebiet, die Hennebergischen Aemter Schleußingen, Suhla, Kühndorf und Breshausen (Bennshausen), die Thüringischen Aemter Weißensee und Langensalza, nebst den vom Kreisamte Tennstädt verwalteten Ortschaften, das Eichsfeld mit Dapendengen, die eingeschlossenen Dörfer Rüdigershagen und Gänseteich, Hohenstein, Nordhausen und Mühlhausen nebst Gebieten.

In allen diesen Districten hat der Rechtszustand mannigfachen Wechsel erfahren, und die Provinzialrechte sind darnach sehr verschieden. Wir sondern nach den Hauptbeziehungen

a) das Herzogthum Magdeburg und die Grafschaft Mannsfeld altpreußischen Antheils.

Außer dem eigenthümlich Magdeburgischen Rechte [127]), kommen hier verschiedene erzbischöfliche Verordnungen [128]) und preußische Gesetze seit 1680 [129]) in Betracht; desgleichen mannigfache Statuten, Observanzen und Gewohnheiten. Im allgemeinen galt aber ein gleiches Recht stets für die Grafschaft Mannsfeld Magdeburgischer Hoheit, wie ausdrücklich das Mandat vom 17. November 1711 anerkannt hat [130]). Vorübergehend galt die westphälische Gesetzgebung (1807—1814); durch das Patent vom 9. September 1814 wurde das gemeine preußische Recht restituirt [131]). Das Provinzialrecht war bereits im Jahre 1804 vollendet, die Einführung aber durch die politischen Verhältnisse gehindert. Ein neuer Entwurf wurde 1827—1831 ausgearbeitet und erschien nach erfolgter Durchsicht als: das Provinzialrecht des Herzogthums Magdeburg und der Grafschaft Mannsfeld ... von W. v. Klewiz, Magdeburg 1837, in 2 Theilen, dann als: Revidirter Entwurf nebst Motiven, Berlin 1841 den Ständen zur Berathung übergeben, ohne zur Publication zu gelangen.

---

127) Vgl. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 309 flg. und die weiteren Nachweisungen bei Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das teutsche Privatrecht. 3. Ausgabe. Göttingen 1845. 8. S. 64, 65.

128) v. Kamptz a. a. O. S. 301, 304 u. a.

129) Chr. Otto Mylius, Corpus Constitutionum Magdeburgicarum von 1680 bis 1714. Magdeb. et Halle 1714. 6 Tom. 4. und Continuatio Corporis C. M. bis 1717, eod. 1717. 4.

130) Mylius, C. C. Magdeb. Tom. VI. p. 186.

131) Gesetzsammlung von 1814 S. 89.

b) Das Fürstenthum Halberstadt nebst Zubehör.

Im Halberstädt'schen galten bis 1650 außer den besonderen Gewohnheiten und Statuten bischöfliche Verordnungen[132]), seitdem preußische Gesetze. Diese kamen auch zur Anwendung für die incorporirte Herrschaft Derenburg, die Grafschaften Regenstein und Hohenstein. Die Unterbrechung durch die westphälische Regierung ward 1814 beseitigt. Schon 1796 war das Provinzialrecht zusammengestellt; zu einer neuen Bearbeitung kam es aber 1827, Provinzialrecht des Fürstenthums Halberstadt und der zu demselben gehörigen Graf- und Herrschaften Hohenstein, Regenstein und Derenburg von L. A. W. Lentze, Leipzig 1827. Darauf stützt sich der: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1836. Schon 1838 hatte der Landtag sich darüber ausgesprochen, die Publication aber sollte ausgesetzt bleiben, bis für die übrigen Theile der Provinz ein gleiches Ergebniß erlangt sein würde.

c) Das Fürstenthum Quedlinburg.

Ueber diese reichsunmittelbare fürstliche Frauenabtei, für welche eigene Statuten und Privilegien galten[133]), besaß Brandenburg seit 1697 die Erbvogtei und Stiftshauptmannschaft (s. Anm. 27). Durch den Reichsdeputationsreceß von 1803 fiel die Abtei ganz an Preußen und theilte darauf die Schicksale der westphälischen Regierung[134]). Das gemeine Recht und die sächsischen Constitutionen blieben in voller Geltung[135]), und diese kommen seit 1814 neben dem Landrecht provinziell zur Anwendung.

Gleiche Schicksale erfuhr auch

d) Die Reichsbaronie Schauen,

wo das allgemeine Landrecht durch die Verordnung vom 25. Mai 1818 §. 1 eingeführt ist[136]).

e) Die Grafschaft Wernigerode.

Die der älteren Linie der Grafen zu Stolberg am Harz zugehörige Grafschaft Wernigerode stand bis 1807 unter preußischer Landeshoheit. Ihre Verhältnisse waren geregelt durch den Receß vom 19. Mai 1714. Außer dem gemeinen Rechte und eigenen Gewohnheiten galt besonders die Landesordnung vom 26. März 1653[137]). Während der Herrschaft

132) v. Kamptz a. a. O. S. 349, 394 u. a.
133) v. Kamptz a. a. O. S. 356 flg.
134) S. Gesetzsammlung 1807 S. 156, 167. 1815 S. 193.
135) So schon am 11. October 1700 anerkannt (v. Kamptz Jahrb. Bd. XXIII, S. 47.)
136) Gesetzsammlung d. J. S. 45.
137) Abgedruckt in v. Kamptz Jahrb. Bd. XLVIII, S. 343 flg.

des Königreiches Westphalen bildete die Grafschaft einen eigenen Canton derselben; seit 1814 ist sie aber in ihr früheres Verhältniß zurückgetreten, welches durch die Recesse vom 28. September 1817 [138]) und 13. August 1822 [139]) näher bestimmt ist. Im Jahre 1796 war der Entwurf des particularen Rechtes bereits zusammengestellt; er wurde auf's neue von der Stolbergischen Regierung im Jahre 1836 ausgearbeitet [140]).

f) Bodungen, Allerberg und Hainrode, Utterode und Wolkramshausen.

Das Amt Bodungen, die Gerichte Allerberg und Hainrode und das Gut Utterode sind durch Staatsvertrag vom 15. Juni 1816 von Schwarzburg-Sondershausen [141]), das Dorf Wolkramshausen durch Staatsvertrag vom 19. Juni 1816 von Schwarzburg-Rudolstadt [142]) an Preußen abgetreten. Nach der Verordnung vom 25. Mai 1818 §. 2 [143]) gelten hier seit dem 1. October d. J. die preußischen Gesetze. Daneben erscheinen aber als Provinzialrecht älteres sächsisches und schwarzburger Recht [144]).

g) Eichsfeld, Nordhausen und Mühlhausen.

Das Eichsfeld [145]) war als Theil des kurrheinischen Kreises bis zum 6. Juni 1802 im Besitze von Kurmainz und gelangte nach dem Reichsdeputationsrecesse vom 25. Februar 1803 §. 3 an die Krone Preußen. Diese führte seit dem 1. Juni 1803 die allgemeine Gerichtsordnung, seit dem 1. Juni 1804 das allgemeine Landrecht u. s. w. ein [146]). Nach Beseitigung der westphälischen Regierung sind diese Gesetze restituirt, doch gelten daneben noch die älteren Statuten und Verordnungen theils selbstständig (wie für Lehen und andere Sachen), theils unter den gewöhnlichen Beschränkungen [147]). Aus den vorhandenen Materialien bearbeitete der Geheime Obertribunalrath Hartmann: Das Provinzialrecht des Fürstenthums Eichs-

---

138) In v. Kamptz Jahrb. Bd. III, S. 345 fl.

139) Im Amtsblatte der Regierung von Magdeburg 1823 S. 140 flg. v. Kamptz, Annalen der preußischen Staatsverwaltung Bd. VII, (1823) S. 512 flg.

140) Mitgetheilt in v. Kamptz Jahrb. Bd. XLVIII, S. 329—358.

141) Im Anhange zur Gesetzsammlung von 1818 S. 71.

142) A. a. O. S. 74.

143) Gesetzsammlung d. J. S. 45.

144) Vgl. die einzelnen Verordnungen in v. Kamptz, die Provinzialrechte der preuß. Monarchie Bd. I, S. 367 u. 368.

145) M. s. besonders Joh. Wolf, politische Geschichte des Eichsfeldes, mit Urkunden. Göttingen 1792. 2 Bde. 8.

146) Patent vom 24. März 1803 im N. C. C. Tom. XI. nr. 15. v. Rabe, Sammlung Bd. VII, S. 328.

147) v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 479 flg.

feld, Berlin 1835. 8. Nach wiederholter Prüfung folgte darauf der: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1837. 8. Dieser ist von dem Landtage berathen, die Publication aber bis zur Vollendung der übrigen sächsischen Provinzialrechte ausgesetzt worden.

Für die früheren freien Reichsstädte Nordhausen und Mühlhausen nebst Gebiet, welche mit dem Eichsfelde zugleich an Preußen fielen und dessen Schicksale theilten, gilt jetzt ebenfalls neben dem gemeinen preußischen Rechte deren Statutarrecht [148]) als Localrecht.

h) Treffurt und Dorla [149]).

Nach alter durch Recesse festgestellten Verfassung (besonders Receß von 1773) war die Landeshoheit in der Ganerbschaft Treffurt zwischen Preußen und Kursachsen zu einem und zwei Drittheilen repartirt, während die Gerichtsbarkeit Preußen mit zwei, Kursachsen mit einem und Hessen-Rothenburg mit drei Sechstheilen zugehörte. In der Vogtei Dorla besaßen Preußen und Kursachsen die Landeshoheit zur Hälfte, die Gerichtsbarkeit aber Preußen und Sachsen zu je drei, Hessen-Rothenburg zu zwei Achttheilen. Neben dem gemeinen Rechte galt besonders das sächsische, namentlich auch der sächsische Civil- und Criminalproceß. Diese Landestheile wurden 1807 insgesammt dem Königreiche Westphalen einverleibt und fielen auch vollständig 1814 an Preußen. Seit dem 1. Januar 1815 gilt hier das gemeine preußische Recht (Verordnung vom 25. Mai 1818).

i) Das Amt Klötze [150]).

Klötze gehörte bis 1807 zu Hannover, dann bis 1814 zum Königreiche Westphalen, worauf es an Hannover zurückfiel. Durch die Verordnungen vom 4. November, 2. December 1813 und 23. August 1814 wurde das vor der Fremdherrschaft geltende Recht wieder hergestellt. Eine ganz gleiche Bewandtniß hat es mit den Dörfern Gänseteich

---

148) Außer den bei v. Kamptz a. a. O. S. 482, 483 flg. nachgewiesenen älteren Verordnungen s. m. die Gesetzsammlungen der Stadt Nordhausen in der Gestalt, welche sie im 15. u. 16. Jahrh. erhielten, herausgegeben von E. G. Förstemann, in den neuen Mittheilungen des thüringisch-sächsischen Vereins Bd. V, H. 3, S. 41 f. Bd. VI, H. 2, S. 42 f. H. 4, S. 20 f. Bd. VII, H. 1 und daraus zusammen Nordhausen 1843. 8. Desgleichen: Das alte Rechtsbuch der Stadt Mühlhausen, aus dem 13. Jahrh. Nach der nordhausischen Originalhandschrift und dem mühlhausischen Abdrucke von Graßhof, herausgegeben von Förstemann. Nordhausen 1843. 8. Vgl. auch Förstemann, urkundliche Geschichte der Stadt Nordhausen. Nordhausen 1840. 4.

149) S. v. Kamptz Jahrbuch Bd. XXII, S. 44 flg. Gothe, Rechts- und Justizverfassung der Ganerbschaft Treffurt und Vogtei vor dem Hainich, daselbst Bd. LIII, S. 266 flg.

150) S. v. Kamptz a. a. O. Bd. XXII, S. 62 flg.

und Rüdigershagen[151]). Durch die Staatsverträge vom 29. Mai und 23. September 1815[152]) wurden diese Districte an Preußen abgetreten und seit dem 1. October 1818 preußisches Recht eingeführt. (Verordnung vom 25. Mai 1818 §. 2.)

k) Das Fürstenthum Erfurt[153]), die Herrschaft Blankenhayn.

Die Stadt Erfurt nebst Gebiet erlag nach mannigfachem Streite über die Reichsunmittelbarkeit der Herrschaft von Kurmainz (1664) und verblieb unter derselben bis zum Anfalle an Preußen durch den Reichsdeputationsreceß von 1803. Es wurde hierauf wie das Eichsfeld organisirt (s. Anm. 147). Im Jahre 1807 fiel das Gebiet an Frankreich, welches die preußische Gesetzgebung im allgemeinen fortbestehen ließ. Nach der Reoccupation wurden daher durch das Patent vom 9. September 1814 auch nur die inzwischen erlassenen preußischen Gesetze nachträglich eingeführt[154]). Die particularen Bestimmungen, welche noch fortdauerten, wurden gesammelt von Heinemann: Die statutarischen Rechte für Erfurt und sein Gebiet, Erfurt 1822. 8. Eine Umarbeitung dieser Privatsammlung erfolgte 1836—1842, ohne aber vollendet zu werden[155]).

Die Herrschaft Blankenhayn[156]), als Theil der Grafschaft Untergleichen, war ein kurmainzisches, den Fürsten von Hatzfeld übertragenes Lehen, welches 1794 nach dem Aussterben der belehnten Familie von Mainz eingezogen wurde. Als durch den Reichsdeputationsreceß von 1803 die Herrschaft an Preußen fiel, wurden die bisher geltenden gemeinrechtlichen und sächsischen Rechte nicht aufgehoben und diese bestanden auch unter französischer Regierung fort. Nach der Wiedererwerbung von Preußen wurde aber dessen Gesetzgebung eingeführt[157]). Bereits im September 1815 wurde jedoch der größte Theil der Herrschaft an das Großherzogthum Sachsen-Weimar abgetreten[158]) und nur das Amt Wandersleben zurückbehalten.

---

151) A. a. O. S. 47, 48.

152) Gesetzsammlung, Anhang zum Jahre 1818 S. 14, 57.

153) v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 460 flg. Verb. die alte Erfurtische Wasserordnung, in Michelsen, Rechtsdenkmale aus Thüringen. S. 101 flg. (Jena 1853. 8.)

154) S. Rescr. des Ministeriums des Innern vom 3. Januar 1817, in v. Kamptz Annalen Bd. I, H. 1, S. 2.

155) v. Kamptz, actenmäßige Darstellung der Gesetzrevision. S. 164, 165.

156) Kraatzsch, Darstellung der Veränderungen in der Gesetzgebung u. s. w. der verschiedenen zum Departement des Oberlandesgerichtes zu Naumburg gehörigen Landestheile, in v. Kamptz Jahrb. Bd. XXX (S. 185 flg.), S. 272 flg.

157) Patent vom 9. September, Cabinetsordre vom 20. November 1814.

158) Staatsvertrag vom 22. September 1815 (in der Gesetzsammlung

l) Das Herzogthum Sachsen[159]).

In Folge des Staatsvertrages mit dem königl. sächsischen Hofe vom 18. Mai 1815[160]) sind an Preußen gefallen: der Wittenberger Kreis, ein Theil des Kreises Meißen, Leipzig, der größte Theil des Stiftes Merseburg, des Hochstiftes Naumburg-Zeitz, die zum Fürstenthum Querfurt gehörigen Aemter Querfurt und Heldrungen, der Thüringer Kreis, von der Grafschaft Mannsfeld die Aemter Artern, Bornstädt und Voigtstädt, die Grafschaft Stolberg, die gefürstete Grafschaft Henneberg, königl. sächsischen Antheiles, vom Neustädter Kreise das Amt Ziegenrück, die voigtländischen Enclaven Blankenberg, Blintendorf, Gefell und Sparnberg[161]). Die Besitznahme erfolgte am 28. Mai 1815, die Einführung der preußischen Gesetzbücher durch Patent vom 22. April und 15. November 1816[162]); jedoch sollten die in den einzelnen Provinzen und Orten bisher bestandenen Rechte und Gewohnheiten noch fernerhin ihre gesetzliche Kraft und Giltigkeit dergestalt behalten, daß die vorkommenden Rechtsverhältnisse hauptsächlich nach diesen, und nur erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des allgemeinen Landrechtes beurtheilt und entschieden werden sollten. Demgemäß wurden die sehr mannigfaltigen particularen Normen zusammengestellt, unter dem Titel: Das Provinzialrecht der königlich preußischen, vormals königlich sächsischen Landestheile, mit Ausschluß der Lausitz, nebst Beweisstellen, Gründen und Bemerkungen ... von Dr. Pinder, Leipzig 1836. 2 Th. 8. Nach wiederholter Berathung erschien darauf der: Revidirte Entwurf des Provinzialrechtes des Herzogthums Sachsen nebst Motiven, Berlin 1841. 4. Die Stände haben denselben begutachtet, weitere Erfolge aber für das Ganze[163]) nicht erzielt.

Im allgemeinen gilt dasselbe von demjenigen Theile der Grafschaft Mannsfeld, welche unterm 19. März 1808 an das Königreich Westphalen abgetreten worden[164]). Schon 1813 wurde dieser District von Preußen in Besitz genommen und nach dem Patent vom 9. September 1814 das preußische Recht vom 1. Januar 1815 ab

---

1818. Anhang S. 53), wodurch auch zugleich Theile des Fürstenthums Erfurt abgetreten wurden.

159) Vgl. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 395 flg.

160) Gesetzsammlung 1815 S. 53 flg.

161) M. s. die genauere Nachweisung bei Kraatzsch a. a. O. S. 290 flg.

162) Gesetzsammlung S. 124, 233.

163) Verschiedene einzelne Anträge und Bedenken sind erst nach und nach erledigt. Die bestrittene Frage über die Verbindlichkeit der Patrone zu Kirchen- und Pfarrbauten (s. v. Kamptz Jahrb. Bd. LIX, S. 319 flg. Vgl. Landtagsabschied vom 30. December 1842 II. Nr. 1) hat durch den Plenarschluß des Obertribunals vom 6. December 1852 (s. die Cit. in Anm. 124) eine feste Antwort erhalten.

164) M. s. den territorialen Bestand bei Kraatzsch a. a. O. S. 282. Verb. Pinder, Provinzialrecht Bd. II, S. 513.

eingeführt, obschon die Abtretung von Seiten Sachsens erst am 18. Mai 1815 erfolgte.

m) Ringleben, Bruchstädt, Kelbra und Heringen[165]).

Das Dorf Ringleben wurde durch den Staatsvertrag vom 22. September 1815 von Sachsen-Weimar (gegen das Dorf Röda) an Preußen abgetreten[166]). In die Stelle des bis dahin geltenden Eisenach'schen und Weimar'schen Rechtes ist nach der Verordnung vom 25. Mai 1818 das preußische getreten.

Das Dorf Bruchstädt ist durch Staatsvertrag vom 15. Juni 1816 von Schwarzburg-Sondershausen an Preußen abgetreten[167]). Preußisches Recht gilt sei dem 1. October 1818. Die Aemter Kelbra und Heringen waren unter sächsischer Oberhoheit im Besitze der Grafen von Stolberg und von Schwarzburg, zuletzt nur dieser, jedoch so, daß jene für ihre frühere Hälfte Steuern, Gerichtsbarkeit und die Unterconsistorialrechte fort behielten. Durch den Staatsvertrag vom 19. Juni 1816 überließ das fürstliche Haus Schwarzburg seine Rechte an Preußen[168]); dieses übertrug sein Dominium mit Vorbehalt des Obereigenthums über die Lehen und Nutzungen dem gräflichen Hause Stolberg durch die Verträge vom 10. und 24. December 1835 und die Concessionsurkunde vom 28. März 1836. Das preußische Recht gilt hier seit dem 1. März 1820 gemäß der Verordnung vom 20. Octbr. 1819[169]). Bis dahin sind besondere Statuten und sächsisches Recht in alleiniger Anwendung gewesen.

4) Das Provinzialrecht von Schlesien[170]).

Schlesien mit der Grafschaft Glatz ist unbestritten seit dem Hubertsburger Frieden vom 15. Februar 1763, bestätigt zu Teschen am 13. Mai 1779, ein Theil der preußischen Monarchie. Zu dieser Provinz wurde auch der Großburger Halt geschlagen[171]), sowie die 1815 von Sachsen erworbenen Theile der Oberlausitz nebst einigen böhmischen Enclaven[172]). Nach diesem Bestande begreift die Provinz $741,_{74}$ QM.

---

165) Vgl. Kraatzsch a. a. O. S. 336 flg. Pinder a. a. O. S. 512 f., 588.

166) Gesetzsammlung 1818 Anhang S. 53.

167) A. a. O. S. 71.

168) A. a. O. S. 74.

169) Gesetzsammlung 1819 S. 246.

170) Literatur bei Hafemann, Bibliothek S. 155 flg. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 487 flg. Simon, das Provinzialgesetzbuch der schlesischen Verfassung und Verwaltung. Breslau 1846—1848. 8. 6 Hefte. Koch, schlesisches Archiv für die practische Rechtswissenschaft. Breslau 1838 flg. 8.

171) Cabinetsordre vom 22. December 1801 (v. Rabe, Sammlung Bd. VI, S. 700).

172) Verord. vom 30. April 1815, in der Gesetzsammlung d. J. S. 85, 94, 95. Die darin ausgenommenen, mit Brandenburg verbundenen Theile der

mit 3,061,593 Einwohnern, in drei Regierungsbezirken Breslau, Oppeln, Liegnitz, mit drei Appellationsgerichtskreisen Breslau, Ratibor, Glogau. In allen gilt das gemeine preußische Recht, daneben aber überaus zahlreiche und verschiedene Provinzialgesetze. „Außer den früheren landesherrlichen Verordnungen, welche noch jetzt für Provinzialgesetze zu erachten sind, hat wieder jedes Fürstenthum und fast jeder darin liegende District, ja beinahe jede Stadt und Ortschaft, besondere Provinzial- und statutarische Rechte, die zum Theil auf Landesordnungen für einzelne Fürstenthümer, die später auch in anderen Fürstenthümern zur Anwendung gekommen sind, zum Theil auf Festsetzungen einiger Bischöfe (das Wenzeslaus'sche und Caspari'sche Kirchenrecht), zum Theil auf den einzelnen Städten ertheilten Privilegien und Statuten, zum Theil selbst auf fremden, in einzelnen Districten eingeführten Gesetzen (polnisches Recht, böhmische Landesordnung, böhmisches Stadtrecht, mährische Landesordnung) beruhen[173])." Alle diese Rechte lassen sich nach drei Hauptrubriken übersehen.

A. Das allgemeine schlesische Provinzialrecht.

Es gehören dazu alle privatrechtlichen Rechtsnormen, die für das Herzogthum Schlesien, die Grafschaft Glatz und die früher zum Erbherzogthum Schlesien gehörigen Gebietstheile gelten. Es sind verschiedene Sammlungen davon vorhanden[174]). Die vor der preußischen Besitznahme finden sich in der zu Breslau bei Brachvogel 1713—1734. 6 Theile mit 3 Registern 4. erschienenen Sammlung. Dazu eine Ergänzung von Arnold. 1734, 1736 in 2 Theilen. Die unter preußischer Hoheit ergangenen Gesetze erschienen Breslau bei Korn 1752 flg. in 33 Bänden. 4. (Suarez), Sammlung alter und neuer schlesischer Provinzialgesetze, Breslau 1771—1773. 2 Bde. 4. Diese und andere Materialien wurden seit 1781 zusammengestellt. Die von dem Generalfiscal Pachaly bearbeitete Sammlung (1781) erschien (im Jahre 1831) unter dem Titel: Das schlesische Provinzialrecht nebst einem Auszuge aus den Bestimmungen des statutarischen Rechtes der Stadt Breslau. Dieser Entwurf ging in neuer Gestalt 1796 und 1809 hervor, und nach Wiederaufnahme der Revision seit 1829 unter dem Titel: Das jetzt bestehende Provinzialrecht des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz ... von A. Wentzel, Breslau 1839. 8. und als: Revidirter Entwurf nebst Motiven, Berlin 1841. 8.

---

preußischen Oberlausitz (Kreis Hoyerswerda) kamen 1825 dazu (Amtsblatt der Regierung zu Liegnitz 1825 S. 18).

173) Starke, Beiträge zur Kenntniß der bestehenden Gerichtsverfassung Th. II, Abth. I, S. 296, 376, 442.

174) S. v. Hymmen, Beiträge zur juristischen Literatur. Sammlung V, S. 327 flg. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. I, S. 489—491.

Die vorläufigen Berathungen durch den Landtag sind zwar erfolgt, auf dessen Antrag aber die vollständige Codification ausgesetzt (Landtagsabschied vom 27. December 1845).

B. Die Particularrechte der einzelnen Fürstenthümer und Standesherrschaften[175]).

Dazu gehören in Niederschlesien

a) Das Fürstenthum Breslau.

Hier kommt das Wenzeslaus'sche Kirchenrecht von 1416 in Betreff der Erbfolge in Betracht.

b) Das Fürstenthum Brieg

betrifft die Rechte des Adels.

c) Das Fürstenthum Oels

beruht auf der Landesordnung von 1517 und deren Revision, zuletzt vom 27. April 1617.

d) Die Fürstenthümer Schweidnitz und Jauer Lehenrecht und Allodialerbfolge betreffend.

e) Das Fürstenthum Glogau

betrifft Rechte des Adels, Gemeindedienste, gutsherrliche und bäuerliche Verhältnisse und Kirchenrecht.

f) Die Fürstenthümer Liegnitz und Wohlau

wegen der Erbfolge in allodificirte Lehen; eben so auch

g) Das Fürstenthum Sagan

und außerdem Gemeindedienste.

h) Das Fürstenthum Münsterberg-Frankenstein.

i) Das Fürstenthum Trachenberg

wegen der Gütergemeinschaft.

k) Das Fürstenthum Carolath-Beuthen

betrifft eheliche Verhältnisse und Erbfolge.

l) Die Standesherrschaft Wartenberg

bezieht sich auf Adelsrechte.

m) Die Standesherrschaft Goschütz

wegen der Gütergemeinschaft und Erbfolge der Nichteximirten. Eben so

n) Die Minder-Standesherrschaft Freyhan.

o) Die freien Minder-Standesherrschaften Neuschloß und Sulau, und

p) die Standesherrschaft Militsch.

Für Oberschlesien sind zu nennen:

q) Das Fürstenthum Oppeln.

r) Das Fürstenthum Ratibor.

---

175) Wegen aller einzelnen Verordnungen ist auf die Anm. 170 citirten Schriften hinzuweisen.

s) Die freie Standesherrschaft Beuthen

deren Rechte vorzüglich auf der Landesordnung vom 29. September 1562 beruhen.

t) Das Fürstenthum Pleß.

u) Die Minder-Standesherrschaft Loslau,

deren Rechte auf der Teschner Landesordnung von 1573, vom Kaiser 1591 bestätigt, beruhen.

v) Das Fürstenthum Neisse.

w) Das Fürstenthum Grottkau

nach der Landesordnung des Bischofs Balthasar von 1549.

x) Die Fürstenthümer Troppau und Jägerndorf (preuß. Antheiles)

mit der mährischen Landesordnung vom 14. Juni 1602, eingeführt am 9. März 1672.

y) Die Grafschaft Glatz

mit der böhmischen Landesordnung, eingeführt am 16. October 1696, und dem böhmischen Stadtrechte, eingeführt am 29. März 1717, der Lehensinstruction vom 3. März 1597 u. a. m.

Im Jahre 1781 wurde von dem Oberamtsregierungsrathe Stielow zu Glogau das Recht von Niederschlesien zusammengestellt. Es erschien unter dem Titel: Das Provinzialrecht von Niederschlesien, historisch-kritisch erläutert von Stielow, nebst einer Uebersicht des oberschlesischen Provinzialrechtes von dem O.-A.-Regierungsrathe Westarp, Berlin 1830. 8. Die Umarbeitung dieses Entwurfes erfolgte zur Hälfte im Jahre 1804. Das von Westarp zu Brieg zusammengestellte oberschlesische Provinzialrecht war eine Ueberarbeitung der bereits 1755 von Suarez gemachten Sammlung. Seit 1827 sind neue Revisionen bewirkt. Deren Ergebniß ist: das bestehende oberschlesische Provinzialrecht, entworfen vom Geheimen Justizrath Ludwig zu Ratibor, im Jahre 1830 (gedruckt zu Berlin 1839. 8.), womit zu verbinden ist: Uebersicht der oberschlesischen Provinzialrechte vom O.-L.-G.-Vicepräsidenten Zoellmer zu Ratibor, in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XLIX, S. 357—385 aus dem Jahre 1835. Darauf folgte die oben erwähnte Arbeit von Wentzel 1839 und der revidirte Entwurf der schlesischen Particularrechte nebst Motiven, Berlin 1841 als zweiter Theil des oben genannten officiellen Werkes. Die Berathung der Stände ist auch hier bewirkt, das Ergebniß aber mit dem über das allgemeine schlesische Provinzialrecht übereinstimmend.

C. Die schlesischen Localrechte.

Auch privatrechtliche Rechtsnormen, die, abweichend von dem Provinzial- und Particularrechte, nur in einzelnen Orten oder Bezirken eines Fürstenthums oder einer Standesherrschaft gelten, sind in der mannigfaltigsten Art in Schlesien vorhanden und nach und nach ge-

sammelt worden. Aus den vorgefundenen Materialien lieferten A. Wentzel und J. Wentzel: das jetzt bestehende Localrecht des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz. Breslau, Ratibor und Pleß, 1840. 8. (auch als zweiter Theil des oben genannten Werkes, Berlin 1840. 8.)[176]). Schon vor der Redaction der schlesischen Provinzialrechte war die Aufhebung einzelner Bestimmungen derselben als ein Bedürfniß anerkannt worden, bei Gelegenheit der Zusammenstellung selbst wurde der Wunsch nach der Aufhebung in manchen Distrjcten allgemeiner[177]). Die Regierung ist demselben mehrfach nachgekommen, wie in der Verordnung vom 30. August 1833 wegen Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft und der in der Rudolphinischen Polizeiordnung von 1577 enthaltenen Vorschriften wegen Bürgschaften der Frauen für ihre Ehemänner[178]); in der Cabinetsordre vom 11. Mai 1839 wegen Aufhebung des Wenzeslaus'schen Kirchenrechtes von 1416, des Statutes für Breslau von 1588, der Gerichtsordnung vom 18. März 1591, der Wechselordnung vom 30. Januar 1751 u. a.[179]) im Bezirke des Stadtgerichtes zu Breslau; in den Verordnungen vom 30. Juni und 27. October 1841 wegen Aufhebung des Wenceslaus'schen Kirchenrechtes in Brieg, Ohlau, Zobten, Wansen und Strehlen[180]); in dem Gesetz vom 11. Juli 1845 wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge[181]) u. a. m.

5) Das Provinzialrecht von Pommern[182]).

Die Bestandtheile der jetzigen Provinz Pommern sind nach und nach der preußischen Krone zugefallen. Stücke von Hinterpommern

---

176) Es ist dies eine gründliche Erörterung und Ausführung der schon 1838 in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LII, S. 367—416 von A. Wentzel gelieferten Skizze des schlesischen Localrechtes.

177) So wurde namentlich die Aufhebung der Rechte von Münsterberg-Frankenstein, von Carolath-Beuthen, von Freyhan, Neuschloß und Sulau, sowie des gesammten oberschlesischen Provinzialrechtes beantragt (revidirter Entwurf der schlesischen Particularrechte, Berlin 1841. Th. II, S. 209, 211, 214, 215, 216, 218).

178) Gesetzsammlung 1833 S. 96. Vgl. Ludwig, das oberschlesische Provinzialrecht S. 3. S. auch Cabinetsordre vom 4. Juni 1836 wegen Aufhebung des fiscalischen Vorzugsrechtes vor den entfernteren Seitenverwandten bei der Intestaterbfolge im Herzogthume Schlesien und in der Grafschaft Glatz (Gesetzsammlung 1836 S. 196). Vgl. Ludwig a. a. O. S. 64.

179) Gesetzsammlung 1839 S. 166.

180) Gesetzsammlung 1841 S. 127—291.

181) Gesetzsammlung 1845 S. 471. Die lehnrechtliche Succession, sowie die in die Allodialrittergüter ist dadurch (§. 3 a. a. O.) nicht verändert worden. Vgl. darüber v. Richthofen, über die singulären Erbrechte an schlesischen Rittergütern. Breslau 1844. 8.

182) Literatur bei Hafemann, Bibliothek S. 159 flg. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 1 flg. Verb. Riedel, Magazin des Provin-

wurden im westphälischen Frieden erworben (s. Anm. 19), zugleich auch das Bisthum Cammin als ein weltliches erbliches Fürstenthum; demnächst die Herrschaften Lauenburg und Bütow, welche unter polnischer Oberhoheit von den pommerschen Herzogen besessen waren, 1657. Vorpommern und andere Theile kamen dazu 1720 (s. Anm. 36). Endlich wurde durch die Staatsverträge vom 4. und 7. Juni 1815 zwischen Dänemark, Schweden und Preußen ganz Schwedisch-Pommern, welches nach dem zwischen Schweden und Dänemark am 14. Januar 1814 abgeschlossenen Frieden an Dänemark abgetreten werden sollte, Preußen überlassen und unter dem Namen „Neuvorpommern und Rügen" der Provinz Pommern einverleibt[183]. Die Besitznahme erfolgte am 19. September 1815. Einige Ortsveränderungen wurden noch 1816 und 1818 vollzogen[184]. Die so bestimmte Provinz begreift $576,_{72}$ □Meilen mit 1,197,701 Einwohnern in den drei Regierungsbezirken Stettin, Cöslin, Stralsund, mit den Departements der Appellationsgerichte zu Stettin, Cöslin und Greifswald. Der Rechtszustand ist auch hier ein höchst mannigfaltiger. Wir sondern demnach

a) Altvorpommern.

Das Provinzialrecht beruht hier auf den Gesetzen, welche von den pommerschen Herzogen bis 1637 erlassen sind, dann den schwedischen Verordnungen bis 1720, seitdem aber den preußischen Vorschriften. Die beiden ersteren finden sich meistens in Joh. Carl Dähnert, Sammlung gemeiner und besonderer pommerscher und rügischer Landesurkunden, Gesetze u. s. w., Stralsund. 3 Bde. und 2 Supplemente. 1765—1786. Folio, die letzteren in David Friedr. Quickmann, Ordnung und Sammlung derer in dem königl. preuß. Herzogthum Pommern und Fürstenthum Cammin bis zu Ende des 1747. Jahres publicirten Edicten u. s. w., Frankfurt a. d. O. 1750. 4., und im Novum Corpus Constitutionum. Tom. I ff. In den Städten war vorzugsweise das magdeburgische und lübische Recht recipirt, hin und wieder auch das sächsische, brandenburgische und culmische neben besonderen Willküren und Gewohnheiten. Die preußische allgemeine Gesetzgebung ist außerdem hier stets zur Anwendung gelangt.

b) Hinterpommern.

Auch hier kommen zunächst die altpommerschen herzoglichen Gesetze in Betracht bis 1637, seitdem die brandenburgischen und preußischen Gesetzordnungen, für die Städte ebenfalls magdeburgisches und lübisches

---

zial- und statutarischen Rechtes der Mark Brandenburg und des Herzogthums Pommern, Berlin 1837—1839. 3 Bde. 8.

183) Anhang zur Gesetzsammlung von 1818 S. 35, 39.

184) Gesetzsammlung 1815 S. 203. Vgl. Starke, Beiträge u. s. w. cit. Th. II, Abth. I, S. 217, 221, 222.

Recht u. s. w. (s. die vorgenannten Sammlungen). An Bemühungen das pommersche Provinzialrecht zu redigiren hat es schon im 16. und 17. Jahrhunderte nicht gefehlt[185]); ernstlicher aber wurde die Arbeit erst seit 1780 in Angriff genommen, und der ausführliche Entwurf vorzugsweise vom Präsidenten v. Massow bis 1795 ausgearbeitet. Eine Umarbeitung war bis 1804 beendet und von den pommerschen Ständen berathen. Zwar wurde auch seitdem der Gegenstand fortwährend im Auge behalten, indessen erst seit 1832 eifriger wieder aufgenommen. Der Geheime Obertribunalsrath Zettwach, der im J. 1832: das pommersche Lehnrecht nach seinen Abweichungen vom allgemeinen Landrechte (Leipzig. 8.) dargestellt, bearbeitete nun auch aus amtlichen Quellen das: Provinzialrecht des Herzogthums Altvor- und Hinterpommern, Stettin 1835. 8., und: das Statutarrecht der Städte des Herzogthums Altvor- und Hinterpommern, Stettin 1836. 8. Nach erfolgter Prüfung und Berathung erschien: der revidirte Entwurf des Herzogthums u. s. w. nebst Motiven, Berlin 1836. 8. Der sechste Provinziallandtag gab darauf seine Erklärung ab (besonders gedruckt, Berlin 1839. 8.), worauf im Landtagsabschiede vom 7. October 1838 die landesherrliche Entschließung von der definitiven Redaction des Provinzialrechtes abhängig gemacht wurde. Insbesondre mußte auch das Lehnrecht näher in Betracht gezogen werden, dessen revidirter Entwurf nebst den Auszügen aus den Landtagsprotocollen, Berlin 1839 gedruckt wurde.

c) Neuvorpommern und Rügen[186]).

Das Herzogthum Neuvorpommern und das Fürstenthum Rügen gehören zu denjenigen Districten, in welchen das gemeine preußische Recht keine Geltung erlangt hat[187]). Der Rechtszustand dieser Gebiete beruht daher zunächst auf dem gemeinen Rechte Teutschlands überhaupt, da Pommern als Bestandtheil des teutschen Reiches durch den westphälischen Frieden in dieser Verbindung erhalten und dem Königreiche Schweden nicht förmlich einverleibt worden war. Ferner gehören zu dem geltenden Rechte die Gesetze der pommerschen Herzoge, sowie die besonderen schwedischen Verordnungen. Dieselben sind gesammelt bei Dähnert (s. oben) und in dem dritten

185) Vgl. den bei v. Kamptz a. a. O. S. 33 cit. v. Balthasar, von den auswärtigen Rechten S. 66, 67.

186) S. das Provinzialrecht des Herzogthums Neuvorpommern u. s. w. Greifswald 1837. Th. II, S. 1 flg.

187) S. oben Anm. 55. Ueber die einzelnen nach und nach eingeführten preuß. Gesetze den daselbst cit. Starke S. 275. Dazu sind in neuester Zeit noch viele andere gekommen, insbesondre über die Einführung des preußischen Civilproceßverfahrens durch die Verordnung vom 21. Juli 1849 (Gesetzsammlung S. 307 flg.) Dagegen sind die älteren Städteordnungen durch Gesetz vom 30. Mai 1853 aufrecht erhalten.

und vierten Supplemente dazu, herausgegeben von v. Klinkowström, Stralsund 1799, 1802. Fol. Daran schließt sich Sonnenschmidt, Sammlung der für Neuvorpommern und Rügen von 1802 bis 1817 ergangenen Gesetze u. s. w., Stralsund 1844 f. 8. Die Gesetze von 1806—1811 s. m. auch in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LIX S. 413 flg., verb. Bd. LXII, S. 99 flg. Endlich gehören hierher noch die besonderen Observanzen, Statuten, Privilegien, und für die Städte noch vorzugsweise das lübische Recht.

Aus diesem reichen und wissenschaftlich durchgearbeiteten Material ist von einer besonderen Commission folgendes Werk zusammengestellt: das Provinzialrecht des Herzogthums Neuvorpommern und des Fürstenthums Rügen, im Auftrage des königl. Justizministeriums für die Gesetzrevision, nach Ordnung des allgemeinen Landrechtes, aus amtlichen Quellen bearbeitet. Th. I in 4 Abth. u. Th. II—VI. Greifswalde 1836 u. 1837. 8. Zwar ist eine weitere Prüfung dieses Entwurfes und seiner Motive veranlaßt, ein ferneres Resultat aber bisher nicht erfolgt.

d) Cammin, Lauenburg und Bütow.

Für das Pommern einverleibte Fürstenthum, ehemalige Bisthum Cammin, sowie für die Herrschaften Lauenburg und Bütow gelten neben dem preußischen Rechte noch einzelne ältere Gesetze und Gewohnheiten[188]).

6) Das Provinzialrecht von Posen[189]).

Die jetzige Provinz Posen ist im Jahre 1815 gebildet worden[190]): aus einem Theile des früher zu Westpreußen gehörigen Netzdistrictes, aus den früher zu Großpolen, demnächst zur preußischen Provinz Südpreußen und zuletzt zum Herzogthume Warschau gehörig gewesenen Woiwodschaften Posen und Gnesen, und einem Theile der Woiwodschaften Kalisch und Wielun (s. oben Anm. 41). Die Organisation erfolgte nach der Verordnung vom 30. April 1815[191]) und der Cabinetsordre vom 31. Januar 1816[192]). Die Größe der Provinz beträgt

---

188) S. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 123 flg., S. 129 flg. Durch Cabinetsordre vom 30. März 1830 ist in dem Lauenburg-Bütow'schen Kreise die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben (Gesetzsammlung d. J. S. 24).

189) Literatur bei Hafemann, Bibliothek S. 172. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. III, S. 701 flg. Verb. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preußischen Staates. Th. I, Bd. I u. II. Königsberg 1837, 1839. 8. Kodex diplomatyczny wielkiey Polski. Codex diplomaticus majoris Poloniae, collectus a Casimiro Raczyński, edidit Eduard Raczyński. Posnan. 1840. 4.

190) Patent v. 15. Mai 1815 in der Gesetzsammlung S. 45. Vgl. Bäck, die Provinz oder das Großherzogthum Posen in geographischer, statistischer und topographischer Beziehung, Berlin 1847. 8.

191) Gesetzsammlung d. J. S. 95.

192) Amtsblatt der Regierung zu Bromberg für 1817. Außerordentliche Beilage Nr. 51.

536,51 □Meilen mit 1,352,014 Einwohnern, in zwei Regierungsbezirken Posen und Bromberg, mit den Departements der Appellationsgerichte zu Posen und Bromberg. Die hier zur Anwendung kommenden particularen Vorschriften beziehen sich, außer dem theilweise zu berücksichtigenden westpreußischen Provinzialrechte (s. oben), auf

a) das frühere Südpreußen.

Durch das Edict vom 28. März 1794 [193]) wurden die bisherigen polnischen Gesetze, Constitutionen, Gewohnheiten und Gebiete des Provinzialrechtes vorläufig bestätigt. Den Gerichten wurde der Gebrauch der von Anton Trembicki veranstalteten Sammlung: Prawo polityczne i cywilne Korony Polskiey y W. X. Litew. etc. Warszaw. 1789. 1791. 2 Tom. Fol. vorgeschrieben [194]). Zugleich wurde übrigens das allgemeine Landrecht vom 1. Juni 1794 als subsidiäres Gesetzbuch eingeführt. Für die Städte galten außer dem magdeburgischen, sächsischen und culmischen Rechte eigene Statuten oder Plebiscite. Eine Beschränkung des polnischen Rechtes erfolgte durch Declaration vom 30. April 1797 [195]);

b) den früheren Netzdistrict.

Durch das Patent vom 28. September 1772 und die Instruction für die westpreußische Regierung vom 21. September 1773 [196]), war der Rechtszustand hier bereits geregelt. Das polnische Recht wurde für die Zukunft abgeschafft, für die frühere Zeit aber sollte die von Johann Herbert von Fulstein auf königlichen Befehl herausgegebene Sammlung gebraucht werden: Statuta y Przywileie Koronne z Lacinskiego ierykana polskie przelorone, nowym porzadkim zebrane y spisane, Zamoscii 1557 und öfter, zuletzt Lublin 1756. Fol. [197]).

In beiden Gebieten wurde nach der Verbindung mit dem Herzogthum Warschau 1807 der Code civil vom 1. Mai 1808 ab eingeführt, das polnische Recht und die frühere Gesetzgebung sollte überhaupt aber nur für ältere Rechtssachen, und wo der Code sich auf Localgewohnheiten bezieht, anwendbar bleiben. Den Character einer authentischen Sammlung erhielt nur die Sammlung der sogenannten

---

193) Im N. C. C. T. IX. Nr. 33, Fol. 2097. v. Rabe, Sammlung Bd. II, S. 608.

194) v. Kamptz, die Provinzialrechte a. a. O. S. 707 u. 708. Diese nicht verdiente Autorität ward der Sammlung durch das Warschauer Edict vom 10. October 1809 entzogen.

195) Im N. C. C. T. X. Nr. 36 Fol. 1162 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. IV, S. 104.

196) Im N. C. C. T. V. b. nr. Fol. Fol. 451. v. Rabe, Sammlung Bd. I, Abth. IV, S. 335 —. N. C. C. T. V. c. nr. 52. Fol. 2125. v. Rabe a. a. O. Abth. V, S. 673 flg.

197) Auch diese Sammlung wurde durch die herzogliche Warschauer Regierung beseitigt. v. Kamptz a. a. O. S. 705, 706.

Volumina legum, verfaßt vom Collegium scholarum piarum zu Warschau, unter Autorisation des Reichstages: Leges, statuta etc. Vol. I. Varsaviae 1732. Prawa, Konstytucye etc. Vol. II—VIII. 1733—1782. Fol.[198]). Die seitdem bis 1815 erlassenen Verordnungen finden sich in der: Gesetzsammlung des vormaligen Herzogthums Warschau, aus dem Polnischen übersetzt von S. G. Laube. Posen 1816. 4 Th. 8.

Durch das Patent wegen Wiedereinführung des allgemeinen Landrechtes und der allgemeinen Gerichtsordnung vom 9. September 1814 und 9. November 1816[199]) ist bestimmt worden, daß die früher bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten, insofern sie unter der vorigen Regierung aufgehoben und abgeschafft sind, auch ferner nicht mehr zur Anwendung kommen sollen. Demnach ist in der Praxis angenommen, daß nur bei solchen Rechtsbestimmungen, welche der Code Napoléon nicht berührt, oder bei welchen derselbe auf Localgewohnheiten und Verordnungen sich beruft, auf die älteren Gesetze zurückzugehen sei und diese daher insoweit auch jetzt noch gelten[200]). Von Seiten des Gesetzrevisionsministeriums sind zwar Einleitungen zur Feststellung der Provinzialrechte im Großherzogthume Posen getroffen, es ergaben sich aber dabei so viele Schwierigkeiten, und dazu so wenige Bedürfnisse, daß in Mitberücksichtigung des fast gänzlich veränderten Rechtszustandes in diesem Landestheile jenen Einleitungen keine Folge gegeben ist[201]).

7) Das Provinzialrecht von Westphalen[202]).

Die aus sehr verschiedenen Landestheilen im Jahre 1815 organisirte Provinz Westphalen enthält 367,96 □Meilen mit 1,464,921 Einwohnern und unterliegt in administrativer Hinsicht den Regierungen zu Münster, Minden, Arnsberg, in Justizsachen den Appellationsgerichten zu Münster, Paderborn, Hamm und Arnsberg. Der provinzialrechtliche Zustand ist ein höchst mannigfaltiger, wie die gedrängte folgende Uebersicht ergiebt.

a) Die Grafschaft Mark.

Die Grafschaft Mark, ein ursprünglicher Bestandtheil des alten Westphalens, ward bis zum 17. Jahrhundert von den Grafen von der Mark, dann den Herzogen von Cleve, Jülich, Berg beherrscht. Nach dem Aussterben derselben (1609) fiel sie an Brandenburg (s. oben Anm.

---

198) v. Kamptz a. a. O. S. 706, 707.

199) Gesetzsammlung 1814 S. 89. 1816. S. 225.

200) Vgl. Starke a. a. O. II, I, S. 175.

201) v. Kamptz, actenmäßige Darstellung S. 176.

202) Literatur bei Hafemann, Bibliothek S. 161 flg. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 248 flg. Verb. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preußischen Staates, Bd. IV, Th. III. Königsberg 1844. 8. nebst dem dazu gehörigen Urkundenbuche.

16), und ist, mit Ausnahme des Zeitraumes von 1806—1813 unter französischer und bergischer Hoheit, stets preußisches Besitzthum geblieben. Das neben dem gemeinen preußischen Rechte geltende Provinzialrecht beruht hier auf den besonderen landesherrlichen Gesetzen und besonderen Statuten, nämlich 1) den älteren Normen, insofern der hier eingeführte Code Napoléon keine Bestimmungen enthielt und jene überhaupt während der Fremdherrschaft nicht abgeschafft wurden; 2) insofern das gemeine preußische Recht keine besonderen Vorschriften über die Materie enthält und 3) auf den seit 1815 ergangenen particularen Normen[203]).

Das Material findet sich fast vollständig in der: Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem Herzogthume Cleve und der Grafschaft Mark über Gegenstände der Landeshoheit, Verfassung, Verwaltung und Rechtspflege ergangen sind, vom Jahre 1418 bis ... 1816. Im Auftrage des k. preuß. Staatsministeriums ... herausgegeben von J. J. Scotti, Düsseldorf 1826. 5 Th. 8. (Die französische und bergische Gesetzgebung daselbst in einer Zugabe zum 5. Theile.)

Die Sammlung des Provinzialrechtes erfolgte schon 1780 ff., dann 1832 f. Nach bewirkter Berathung erschien der: Revidirte Entwurf des Provinzialrechtes der Grafschaft Mark, der Stadt und Grafschaft Dortmund und der Städte Soest und Lippstadt, nebst Motiven, Berlin 1836. 8., nebst den Conferenz-Protocollen der ständischen Deputation.

Nach Erlaß der Kirchenordnung vom 5. März 1835 wurde auch ein: Revidirter Entwurf des Provinzialkirchen- und Schulrechtes der Grafschaft Mark u. s. w., nebst Motiven, Berlin 1841. 8. bearbeitet.

b) Die freie Reichsstadt Dortmund und Gebiet, Soest und Lippstadt.

Stadt und Grafschaft Dortmund hatten bis 1803 theils das gemeine Recht, theils eigene autonomische Normen. Modificationen erfolgten, als durch den Reichsdeputationsreceß das Gebiet dem Fürsten von Nassau-Oranien zufiel und 1806 an Frankreich, 1808 an Berg überging. Schon 1813 wurde das Ländchen als Enclave Westphalens von Preußen für Nassau-Oranien eingenommen und durch den Staatsvertrag vom 31. Mai 1815 vom Könige der Niederlande jenem abgetreten[204]). Wegen des Provinzialrechtes gilt das von der Grafschaft Mark Mitgetheilte[205]).

203) Vgl. Patent vom 9. September 1814 (Gesetzsammlung d. J. S. 89), vom 25. Mai 1818 (daselbst S. 46). Verb. Besitznahme-Patent vom 21. Juni 1815 (daselbst S. 195).

204) Gesetzsammlung 1818. Anhang S. 28. Verb. Art. 24 der Wiener Schlußacte.

205) Wegen der älteren Gesetzgebung s. m. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. III, S. 745 flg.

Die Stadt **Soest** und **Soester Börde**, seit dem 15. Jahrhunderte unter Cleve'scher, dann Brandenburgischer Hoheit, hat stets einen mannigfach privilegirten Rechtszustand besessen, der in dem späteren Localrechte in gewissem Umfange beibehalten ist[206]).

Die Stadt **Lippstadt** bis 1851 in Gemeinschaft von Preußen und Lippe-Detmold[207]), hat eigene noch geltende Statuten neben dem preußischen Rechte[208]).

c) Das Herzogthum Cleve[209]), auf dem rechten Rheinufer.

Seit 1368 theilte Cleve die Schicksale der Grafschaft Mark. Der auf dem linken Rheinufer gelegene Theil wurde aber seit 1794 von den Franzosen occupirt und gehört zur Rheinprovinz (s. unten), der ostseits des Rheines liegende Theil blieb dagegen in ähnlichen Verhältnissen[210]) wie die Grafschaft Mark, und sein Provinzialrecht beruht auf gleichem Principe. Die Materialien desselben finden sich in der oben genannten Sammlung von **Scotti** und in einer zweiten desselben Herausgebers, welche zu Düsseldorf 1821—1822 in 4 Bänden erschienen ist. Von dem schon früher redigirten Provinzialrechte folgte ein: **Revidirter Entwurf** des Kirchen- und Schulrechtes. Berlin 1841. 8.

d) Essen, Elten, Werden, Broich, Klein-Netterden.

Die gefürstete Abtei (Stift) **Essen**[211]) besaß bis 1803 gemeines und statutarisches Recht. Dazu kam, nachdem das Land durch den Reichsdeputationsreceß der Krone Preußen einverleibt worden, das preußische (Patent bei der Besitzergreifung vom 6. Juni 1802, wegen Einführung des Landrechtes vom 3., der Gerichtsordnung vom 5. April 1803 u. a.). Von 1806–1813 bestand die Fremdherrschaft, dann folgte die Restitution, und die Bearbeitung des Provinzialrechtes wie in Cleve.

---

206) S. v. **Kamptz** a. a. O. S. 325 flg. Verb. **Seibertz**, Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westphalen. Bd. I, (Arnsberg 1839. 8.) S. 48 flg. Bd. II, (das. 1843. 8.) S. 387 flg. Revidirtes Provinzialrecht §. 68 f. und Motive dazu S. 61 flg.

207) Vergleich und Reglement vom 30. November 1817 (s. überhaupt **Starke** a. a. O. S. 451 flg.). Die mitlandesherrlichen Rechte wurden von Seiten des Fürsten zur Lippe an die Krone Preußen abgetreten, durch den Staatsvertrag vom 17. Mai 1850, ratificirt am 24. März und 1. April 1851 (Gesetzsammlung 1851 S. 90).

208) S. v. **Kamptz** a. a. O. S. 319 flg. Revidirtes Provinzialrecht §. 84 flg. Motive dazu S. 71 flg.

209) v. **Kamptz**, die Provinzialrechte Bd. III, S. 1 flg.

210) Vgl. wegen einzelner Abweichungen **Starke** a. a. O. S. 102 flg.

211) v. **Kamptz** a. a. O. Bd. II, S. 561 flg. **Funcke**, Geschichte von Essen-Essen 1848. 8.

Dasselbe gilt von der früheren Abtei Werden[212]) und dem Reichsstifte Elten[213]).

Die Herrschaft Broich[214]) gehörte zum Herzogthume Berg und theilte dessen Recht (s. unten). Seit 1806 sind ihre Schicksale die der Grafschaft Mark.

Das Kirchspiel Klein-Netterden[215]) gehörte bis 1809 zu Gelderland, dann bis 1813 zu Frankreich, und wurde durch den Grenztractat vom 7. October 1816 an Preußen abgetreten. Die Besitznahme erfolgte am 28. Februar 1817, die Einführung des preußischen Rechtes seit dem 1. October 1818.

e) Das Fürstenthum Minden[216]).

Das Bisthum Minden wurde im westphälischen Frieden als säcularisirtes Fürstenthum von Brandenburg gewonnen (s. oben Anm. 21), fiel nach dem Tilsiter Frieden an das Königreich Westphalen, 1810 an das französische Kaiserreich und 1813 zurück an Preußen. Die neben dem gemeinen preußischen Rechte anwendbaren particularen Normen wurden schon 1780 ff., dann seit 1832 gesammelt von Paul Wigand, die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden, den Grafschaften Ravensberg und Rietberg, der Herrschaft Rheda und des Amtes Reckenberg in Westphalen, nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwickelung und Begründung, Leipzig 1834. 2 Bde. 8. Da hierin nur die eheliche Gütergemeinschaft, sowie das Colonat- und Meierrecht behandelt sind, so folgte von dem Verfasser als Ergänzung: Provinzialrecht des Fürstenthums Minden u. s. w., Berlin 1840. 8. Aus beiden ging nach einer näheren Prüfung hervor, der: Revidirte Entwurf des Provinzialrechtes des Fürstenthums Minden, der Grafschaft Ravensberg und des vormaligen Amtes Reckenberg nebst Motiven, Berlin 1840, 1841. 8.

f) Die Grafschaft Ravensberg, die Abtei Herford.

Nach dem Aussterben eigener Grafen 1346 fiel Ravensberg[217]) an das Haus Jülich, Cleve, Berg und von diesem an Brandenburg (s. oben Anm. 16 flg.). Mit Minden verbunden seit dem 24. April 1719 theilte es im Ganzen dessen Schicksale. Das Provinzialrecht ist auch mit dem von Minden gemeinschaftlich bearbeitet worden (s. vorhin).

---

212) v. Kamptz a. a. O. Bd. II, S. 575 flg.

213) A. a. O. Bd. II, S. 582. Fahne, das fürstliche Stift Elten. Köln 1851. 8.

214) A. a. O. Bd. III, S. 185. Verb. Starke a. a. O. S. 410 (s. unten Anm. 260).

215) Starke a. a. O. S. 408 f. Vgl. den revidirten Entwurf des Provinzialrechtes von Cleve u. s. w. S. 70.

216) v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 399 f.

217) v. Kamptz a. a. O. S. 373 flg.

Das Stift Herford[218]) stand bis 1802 unter eigenen Aebtissinnen und kam durch den Reichsdeputationsreceß von 1803 an Preußen, welches schon seit dem 21. October 1802 das Landrecht und die Gerichtsordnung eingeführt hatte[219]). Der Grafschaft Ravensberg einverleibt, theilte es auch dessen Schicksale.

g) Das Amt Reckenberg[220]).

Reckenberg war früher ein Theil des Bisthums Osnabrück und mit diesem zusammen an Hannover dann an das Königreich Westphalen gekommen. Nach dessen Auflösung fiel es an Hannover zurück, und wurde durch den Staatsvertrag vom 25. Mai 1815 an Preußen abgetreten[221]). Die Besitznahme erfolgte durch Patent vom 21. Juni 1815[222]), die Einführung des preußischen Rechtes durch die Verordnung vom 25. Mai 1818 vom 1. October d. J. ab[223]). Die daneben geltenden Provinzialrechte sind zugleich mit denen für Minden zusammengestellt worden (s. oben).

h) Das Fürstenthum Paderborn[224]).

Das Bisthum Paderborn fiel bei der Secularisation 1803 an Preußen, gehörte von 1807—1813 zum Königreiche Westphalen und wurde durch das Patent vom 21. Juni 1815 wieder von Preußen in Besitz genommen. Das neben dem gemeinen preußischen Rechte geltende Particularrecht findet sich vorzugsweise in den: Hochfürstlich Paderborn'schen Landesverordnungen, Paderborn 1785—1788. 4 Th. 4., zusammengestellt von dem Kanzler Joh. Fr. Anton Meyer[225]), und in dem seit 1772 erschienenen Paderborner Intelligenzblatte. Bearbeitet ist dasselbe im Auftrage des Justizministeriums von Paul Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwickelung und Begründung, aus den Quellen dargestellt, Leipzig 1832. 3 Bde. 8. Nach erfolgter Berathung mit den Ständen erschien der: Revidirte Entwurf des Provinzialrechtes des Fürstenthums Paderborn nebst Motiven, Berlin 1841. 8.

---

218) A. a. O. S. 572 flg.

219) Edict vom 21. October 1802 im N. C. C. Tom. XI. nr. 54.

220) v. Kamptz a. a. O. S. 541, 543. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes S. 530 flg.

221) Gesetzsammlung 1818. Anhang S. 14.

222) Gesetzsammlung 1815 S. 195.

223) Gesetzsammlung 1818 S. 46.

224) v. Kamptz a. a. O. S. 529 flg. Bessen, Geschichte des Bisthums Paderborn. Paderborn 1820. 8.

225) Zeitschrift für vaterländische Geschichte. Bd. VI, (Münster 1843. 8.) S. 313.

i) Das Fürstenthum Corvey[226]).

Die Benedictinerabtei Corvey, welche 1794 zu einem Bisthum erhoben worden, fiel als säcularisirtes Fürstenthum 1803 an Nassau-Oranien, dann von 1807—1813 an das Königreich Westphalen, und wurde 1815 an Preußen abgetreten (Besitznahme am 21. Juni 1815). Das bereits seit dem 1. Januar d. J. angewendete preußische gemeine Recht wurde am 25. Mai 1818 weiterhin sanctionirt, das Particularrecht aber 1832 von Wigand zusammengestellt (s. vorhin). Darauf folgte der: Revidirte Entwurf des Provinzialrechtes des Fürstenthums Corvey nebst Motiven, Berlin 1841. 8.

k) Das Bisthum Münster[227]).

Als im Jahre 1802 die Diöcese Münster säcularisirt wurde, kamen die einzelnen Bestandtheile derselben an verschiedene Herrschaften, von denen ein großer Theil späterhin mit Preußen verbunden ward. Eine treffliche Zusammenstellung der für diese Gebiete ergangenen Gesetze erschien im Auftrage des Staatsministerium unter dem Titel: Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem königl. preuß. Erbfürstenthum Münster und in den standesherrlichen Gebieten Horstmar, Rheina-Wolbeck, Dülmen und Ahaus-Bocholt-Werth ergangen sind, Münster 1842. 3 Bde. 8.[228]). Wir erwähnen daher einzeln

1) das Fürstenthum Münster, d. i. der gleich anfangs an Preußen gefallene Theil, welcher von 1807—1813 unter fremder Herrschaft stand. Das neben dem preußischen gemeinen Rechte geltende Particularrecht bearbeitete Schlüter, Provinzialrecht der Provinz Westphalen Bd. I. Leipzig 1829. 8. Darauf stützte sich der: Revidirte Entwurf des Provinzialrechtes des Fürstenthums Münster nebst Motiven, Berlin 1836. 8.

2) Die Grafschaft Horstmar, d. i. ein Theil des früheren Amtes Horstmar, der an die Wild- und Rheingrafen zu Salm-Grumbach, 1806 an das Großherzogthum Berg, 1815 aber nach dem Beschlusse des Wiener Congresses an Preußen fiel[229]).

3) Das Fürstenthum Rheina-Wolbeck, d. i. ein Theil der früheren Aemter Bevergern und Rheina-Wolbeck, von 1802—1806

---

226) v. Kamptz a. a. O. S. 546 f. Verb. Jacobson a. a. O. S. 536 flg.

227) v. Kamptz a. a. O. S. 491 f. Erhardt, Geschichte Münsters. Münster 1837. 8.

228) Vgl. die Anzeige in Richter-Schneider, kritische Jahrbücher für teutsche Rechtswissenschaft 1844 S. 431 flg. S. insbesondre C. v. Olfers, Beiträge zur Geschichte der Verfassung und Zerstückelung des Oberstiftes Münster u. s. w. Münster 1848. 8.

229) v. Kamptz a. a. O. S. 620 flg. Münster'sche Sammlung B. III, S. 229 flg.

im Besitze des Herzogs von Looz-Corswaren, dann Bergisch, 1810 französisch, und 1815 zwischen Preußen und Hannover getheilt[230]).

4) Die Herrschaft Dülmen, d. i. ein Theil des gleichnamigen früheren Amtes, der 1803 an den Herzog von Croy, 1806 an den Herzog von Aremberg, 1810 und 1811 an Berg und Frankreich, 1815 an Preußen fiel[231]).

5) Die Herrschaften Ahaus-Bocholt und Werth, die beiden ersten früheren Aemter und die frühere Herrschaft Werth, welche bis 1810 den Fürsten Salm-Salm und Salm-Kyrburg gehörten, dann an Frankreich und hierauf an Preußen kamen[232]).

In allen diesen Districten gilt neben dem gemeinen preußischen auch theils Münster'sches, theils sonstiges Particularrecht. In Schlüter's Provinzialrecht Bd. I—III. Leipzig 1829—1833 findet sich der erste Entwurf, welchem Berlin 1837 der revidirte Entwurf folgte (Rev. Entwurf der Particularrechte der zur Provinz Westphalen gehörigen Standesherrschaften Nr. II—IV). Die ständische Berathung ist 1839 bewirkt worden.

Wir lassen hier gleich die übrigen Herrschaften folgen.

l) Die Grafschaft Recklinghausen[233]).

Das Vest Recklinghausen gehörte nach dem Wegfalle eigener Dynasten dem Erzstifte Cöln, und kam nach dessen Säcularisation durch den Reichsdeputationsreceß von 1803 an den Herzog von Aremberg, am 2. Februar 1811 an das Großherzogthum Berg, und wurde 1815 Preußen zuerkannt, das seit dem 18. November 1813 bereits Besitz davon genommen hatte. Es gilt das preußische Recht, daneben das particulare Cölnische und Aremberg'sche. Der erste Entwurf desselben ist von Schlüter in Bd. III des westphälischen Provinzialrechtes, der revidirte Entwurf in dem der Standesherrschaften Nr. I. Die Gesetze selbst sind zusammengestellt in Scotti's Sammlung der Gesetze und Verordnungen im vormaligen Kurfürstenthume Cöln, Düsseldorf 1831. 8. (Abth. I, die Cölnischen — Abth. III, die Arembergischen Verordnungen für das Vest.)

m) Die Herrschaften Anholt[234]) und Gehmen[235]).

Die Reichsherrschaft Anholt kam durch Erbgang an die Fürsten von Salm-Salm, während Gehmen den Fürsten von Salm-Kyrburg

230) v. Kamptz a. a. O. S. 628, 629. Sammlung Bd. III, S. 285 flg.
231) v. Kamptz a. a. O. S. 626 f. Sammlung Bd. III, S. 319 flg.
232) v. Kamptz a. a. O. S. 609 f., 617 f. Sammlung Bd. III, S. 445 flg.
233) v. Kamptz a. a. O. S. 601 f.
234) v. Kamptz a. a. O. S. 663 f. Verb. desselben Jahrbücher Bd. XXXI, S. 311 flg.
235) v. Kamptz a. a. O. S. 751, 752.

durch die Rheinbundacte 1806 überwiesen ward. Durch das Senatusconsult vom 13. December 1810 fielen beide an Frankreich, wurden am 18. November 1813 von Preußen occupirt und diesem 1815 zugesprochen. Das neben dem preußischen Rechte anwendbare Particularrecht findet sich bei Schlüter a. a. O. Bd. I u. II, und im revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. II u. Nr. VII.

n) Die Grafschaft Steinfurt[236]).

Nach dem Erlöschen der alten Grafen von Steinfurt gelangte diese Herrschaft an das Haus Bentheim, welches sie durch die rheinische Bundesacte 1806 an Berg verlor. Mit diesem blieb sie bis 1811 verbunden, kam dann an Frankreich und seit dem 18. November 1813 in Preußens Besitz. Das auf den gräflichen Verordnungen beruhende Provinzialrecht ist zusammengestellt bei Schlüter a. a. O. Bd. I und im revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. VIII.

o) Die Herrschaften Rheda und Gütersloh[237]).

Diese seit 1378 den Grafen von Tecklenburg zugehörigen Herrschaften fielen später an die Linie Bentheim-Tecklenburg, wurden 1808 bis 1813 Bestandtheile von Berg und kamen dann an Preußen. Gütersloh, im Osnabrück'schen, stand eigentlich unter hannöver'scher Hoheit, wurde aber Preußen mit überlassen. Das Provinzialrecht findet sich bei Wigand, die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden u. s. w. Bd. I, S. 113, 418. Bd. II, S. 913, 492 und im revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. IX.

p) Die Grafschaft Hohen-Limburg[238]).

Hohen-Limburg an der Lenne, seit 1242 im Lehnverbande der Grafen von der Mark und seit 1580 in den Händen der Grafen von Bentheim-Tecklenburg, theilte die Schicksale der Herrschaft Rheda. Die neben dem preußischen Rechte anwendbaren particularen Normen sind in dem revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. X zusammengestellt.

q) Die Grafschaft Rietberg[239]).

Rietberg, seit 1456 von Hessen lehnrührig, kam 1562 an Ostfriesland, dann an das Haus Kaunitz, und fiel durch die Constitution vom 15. November 1807 an das Königreich Westphalen. Von diesem ging es 1815 an Preußen über. Das Particularrecht beruht vorzüg-

236) v. Kamptz a. a. O. S. 654 f. Verb. Jacobson, Geschichte cit. S. 421 flg.
237) v. Kamptz a. a. O. S. 671, 672.
238) A. a. O. S. 643 flg. Vgl. Bd. III, S. 204.
239) A. a. O. S. 629 flg. Jacobson a. a. O. S. 761.

lich auf dem Rietberger Landrechte von 1697[240]), und ist zusammengestellt von Wigand in den Provinzialrechten des Fürstenthums Minden u. s. w. Bd. I, S. 111 f. 403 f. Bd. II, S. 28 f., 85 f., 472 und im revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. XI.

r) Die Grafschaften Tecklenburg und Lingen[241]).

Die Grafschaften Lingen und Tecklenburg wurden im Anfange des 18. Jahrhunderts von Preußen erworben (s. oben Anm. 31, 33, 37), weshalb auch neben den anerkannten Particularitäten seitdem das preußische Recht zur Anwendung gelangte. Seit dem 26. October 1806 bis zum 28. November 1813 waren sie in fremdem Besitze. Die Niedergrafschaft Lingen wurde durch den Staatsvertrag vom 29. Mai 1815 an Hannover abgetreten[242]). Das schon seit 1780 bearbeitete Provinzialrecht wurde neu redigirt von Schlüter (Provinzialrecht Westphalens Bd. II) und erhielt dann eine Stelle im revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. XIV.

s) Die Grafschaften Wittgenstein[243]) nebst Zubehör[244]).

Die Grafschaft Wittgenstein zerfiel nach dem Tode Ludwig's I. im Jahre 1607 in zwei Theile, von denen der eine Wittgenstein und Vallendar, der andere Berleburg und Homburg an der Mark in sich begriff. Wir sondern hiernach

1) Wittgenstein-Wittgenstein. Bis zum Jahre 1806 blieben die Grafen reichsunmittelbar, nachdem sie 1801 die Fürstenwürde erlangt hatten; dann fielen sie unter die Landeshoheit von Hessen-Darmstadt, und durch den Vertrag vom 30. Juni 1816 an Preußen[245]).

2) Die Herrschaft Vallendar war bis 1767 Trier'sche Gemeinschaft und theilte dann die Schicksale des Erzstiftes, dem sie seitdem allein zugehört hatte[246]).

3) Wittgenstein-Berleburg blieb bis 1806 unter den seit 1792 zu Reichsfürsten erhobenen Grafen, und kam dann gleichfalls unter Hessen, endlich unter Preußen.

---

240) Bei v. Kamptz Jahrbücher Bd. XXIX, S. 183 flg. Wigand, Archiv für Geschichte Westphalens Bd. V. S. 132 flg.

241) v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 415 f., 426 f. Jacobson a. a. O. S. 404 f., 433 f.

242) Gesetzsammlung von 1818. Anhang S. 15.

243) v. Kamptz a. a. O. Bd. II, S. 583 f.

244) Vallendar und Homburg an der Mark, obschon zur Rheinprovinz gehörig, sind des Zusammenhanges wegen doch hier gleich mit berücksichtigt worden. Vgl. darüber v. Kamptz a. a. O. Bd. II, S. 596, 598 f. Bd. III, S. 247 f., 250. Jacobson, Geschichte a. a. O. S. 572 f., 832 f. S. auch unten Anm. 261.

245) Gesetzsammlung von 1818. Anhang S. 100.

246) Jacobson, Geschichte cit. S. 459, 460 und unten.

4) Homburg an der Mark gehörte seit 1606 ungetheilt den Grafen von Berleburg, fiel 1806 an das Großherzogthum Berg, und kam 1815 unter preußische Landeshoheit.

In dem Gebiete Wittgenstein=Wittgenstein und Berleburg ward das preußische Recht seit dem 1. December 1825 eingeführt[247]), in Vallendar hat sich das gemeine teutsche Recht behauptet, in Homburg gilt das modificirte bergische Recht. Daneben besteht ein reichhaltiges Particularrecht, beruhend auf älteren und späteren gräflichen Gesetzen, dann hessischen Verordnungen und neueren preußischen Vorschriften. Die hessischen Gesetze sind gesammelt von Scotti (Sammlung der Gesetze in dem vormaligen Kurfürstenthume Cöln. Abtheilung II. Düsseldorf 1831. 8.). Aus diesen Materialien ward bearbeitet: Provinzialrecht des Herzogthums Westphalen und der Grafschaften Wittgenstein von G. W. F. Rintelen, Paderborn 1837. 2 Th. 8. Darauf stützte sich der revidirte Entwurf: Particularrecht der Grafschaften Wittgenstein, Berlin 1837 8. (auch in dem revidirten Entwurfe der Standesherrschaften Nr. XII u. XIII). Das Recht von Vallendar und Homburg an der Mark ist zugleich mit den rheinischen Gesetzgebungen bearbeitet worden (s. unten).

t) Das Herzogthum Westphalen[248]).

Seit der Aechtung Heinrichs des Löwen gehörte Westphalen zum Erzstifte Cöln. In Verbindung mit einigen anderen Herrschaften bildete es ein eigenes Herzogthum mit gesonderter Verfassung und Verwaltung. Nach der Secularisation von Cöln fiel es an Hessen=Darmstadt und ward von diesem durch die Staatsverträge vom 10. Juni 1815 und 30. Juni 1816 an Preußen abgetreten[249]). Die Einführung des preußischen Rechtes erfolgte durch Patent vom 21. Juni 1825[250]). Das particulare cölnische und hessische Recht ist enthalten in Scotti's Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem vormaligen Kurfürstenthume Cöln u. s. w. ergangen sind, Abth. I u. II. Düsseldorf 1831. 8. Redigirt ist der erste Entwurf von Rintelen (s. vorhin). Darauf folgte der: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1837. 8. Das Localrecht erschien in besonderer Bearbeitung von Seibertz, die Statutar= und Gewohnheitsrechte des Herzogthums Westphalen aus den Quellen geschichtlich und practisch dargestellt, Arnsberg 1839. 8.

---

247) Patent vom 21. Juni 1825 in der Gesetzsammlung d. J. S. 153. Verb. Patent vom 21. October 1825, daselbst S. 236.

248) v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 672 flg. Verb. Seibertz, Landes= und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westphalen. Abth. I f. Arnsberg 1845 f. Dazu als Band II, III ein Urkundenbuch, Arnsberg 1839, 1843.

249) Gesetzsammlung von 1818. Anhang S. 46, 99.

250) Gesetzsammlung von 1825 S. 153 flg.

u) Siegen, Burbach, Neuenkirchen[251]).

Das Fürstenthum Siegen war bis 1806 ein Bestandtheil der Nassau-Oranischen Erblande, fiel durch die Rheinbundacte an das Großherzogthum Berg und wurde nach dessen Auflösung durch Patent vom 20. December 1813 vom Prinzen von Oranien wieder in Besitz genommen.

Die Aemter Burbach und Neuenkirchen (der sogenannte freie und Hickengrund) gehörten bis 1799 Nassau-Oranien und Sayn-Hachenburg, seitdem jenem und Nassau-Weilburg. Durch die Rheinbundacte fielen sie an die vereinigten Häuser Nassau-Weilburg und Nassau-Usingen, 1813 aber ausschließlich an Nassau-Oranien.

Alle diese Besitzungen wurden durch den Vertrag vom 31. Mai 1815 und die Recesse vom 14. und 19. December 1816 den 24. Januar 1817 an Preußen abgetreten[252]). Die Besitznahme erfolgte am 21. Juni 1815[253]), die Einführung des preußischen Rechtes vom 1. December 1825 ab, gemäß Patentes vom 21. Juni d. J.[254]). Das Particularrecht beruht auf der Oranien-Nassauischen Gesetzgebung (Corpus Constitutionum Nassovicarum u. a. s. bei der Rheinprovinz) und dem gemeinen teutschen Rechte. Einen Entwurf desselben bearbeitete Rintelen, das Particularrecht des Fürstenthums Siegen und der Aemter Burbach und Neuenkirchen, Paderborn 1838, II. Th. 8. Darauf stützt sich der systematisch gefaßte: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1841. 8.

8) Das Provinzialrecht der Rheinlande[255]).

Aus den im Pariser Frieden vom 30. Mai 1814 von Frankreich erhaltenen bergischen und westseits des Rheines gelegenen Landschaften wurden die Provinz Cleve-Berg mit den Regierungen zu Cleve und Düsseldorf und das Großherzogthum Niederrhein mit denen zu Cöln für das Herzogthum Jülich, und zu Coblenz für das Moselland gebildet. Dazu kamen noch andere Besitzungen durch Verträge mit Nassau und Kurhessen, durch die Wiener Schlußacte Wetzlar, durch den zweiten Pariser Frieden vom 20. November 1815 Theile des Saar- und Moseldepartements mit Inbegriff der Festung Saarlouis, endlich 1834 noch das Fürstenthum Lichtenberg. Im Jahre 1816 ward die frühere Einrichtung darum aufgegeben. Die Provinz Cleve-Berg

251) v. Kamptz a. a. O. Bd. II, S. 715 flg.

252) Gesetzsammlung von 1818. Anhang S. 26, 31. Desgleichen von 1819 Anhang S. 97.

253) Gesetzsammlung d. J. S. 126, 127.

254) Gesetzsammlung von 1825 S. 153.

255) Literatur ist nachgewiesen bei Hafemann a. a. O. S. 167 flg. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. III, S. 1 flg. Verb. Jacobson a. a. O. Bd. IV, Th. III nebst den Urkunden.

und Jülich erhielt die Regierungen zu Cleve, Düsseldorf, Cöln, die Provinz Niederrhein die zu Aachen, Coblenz und Trier. Im Jahre 1822 wurde aber Cleve mit Düsseldorf verbunden, die bisherigen beiden Provinzen unter Einem Oberpräsidenten als „die Rheinprovinz" vereinigt und dem Appellationsgerichte zu Cöln und dem Justizamte zu Ehrenbreitstein als Obergerichten untergeben [256]). Die Provinz besteht aus $487,_{14}$ □Meilen mit 2,811,172 Einwohnern. Das Particularrecht der einzelnen Herrschaften [257]) ist auch hier höchst mannigfaltig, der Hauptunterschied wird aber dadurch begründet, daß als gemeines Recht das französische, gemeine teutsche oder preußische Recht zur Anwendung kommt. Bei der folgenden Uebersicht ist daher darauf besondere Rücksicht zu nehmen.

A. Das Westrheinische Provinzialrecht [258]).

Im Art. VII des Gesetzes vom 30. Ventôse an. XII (20. März 1804) wegen des Code civil wurde bestimmt: A compter du jour, ou ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutûmes générales ou locales, les statuts, les réglements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières, qui sont l'objet des dites lois, composant le présent code. — Hiernach ist das französische bürgerliche Gesetzbuch in allen Materien, über welche es selbst Bestimmungen enthält, in die Stelle der früher geltenden Rechte getreten. Nur dasjenige frühere Recht besteht noch als Provinzialgesetz,

---

256) Starke a. a. O. Bd. II, Abth. III.

257) Von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechtes. Bd. III, (Frankfurt a. M. 1832. 8.) S. 259—261 verzeichnet zweiundachtzig Gebiete. Vgl. auch v. Lancizolle, Uebersicht der teutschen Reichsstandschaft- und Territorialverhältnisse vor dem französischen Revolutionskriege, der seitdem eingetretenen Veränderungen u. s. w. Berlin 1830. 8. S. 139 flg.

258) Da es nicht die Absicht sein kann, hier die Literatur über die verschiedenen westrheinischen Gebiete im Detail nachzuweisen, so genügt es daran zu erinnern, daß sich dasselbe bei v. Kamptz a. a. O. Bd. III vorfindet. Außerdem sind anzuführen: Maurenbrecher, die rheinpreußischen Landrechte, Bonn 1830, 1831. 2 Bde. 8. v. d. Nahmer, cit. Handbuch Bd. I u. II. Sittel, Sammlung der Provinzial- und Particularverordnungen, welche für einzelne an die Krone Preußen gefallene Territorien des linken Rheinufer's ... erlassen worden sind, Trier 1843. 2 Bde. 8. (Vgl. dazu Schneiders kritische Jahrbücher für teutsche Rechtswissenschaft, 1845. S. 171 flg.) Es sind darin zehn Sammlungen enthalten, Nassau-Saarbrücken, Ottweiler, Illingen, Lothringen nebst Wadgassen, Saarwellingen, Hüttersdorf, Schwarzenholz und Labach, Nalbacher Thal, Tholey. Die übrigen von Sittel im Auftrage des Staatsministeriums ausgearbeiteten Sammlungen sind vom Justizministerium im Manuscript den rheinischen Provinzialarchiven überwiesen. M. s. den speciellen Nachweis in der cameralistischen Zeitung für die preußischen Staaten, 1845, Nr. 42. — . Ueber das 1834 von Preußen erworbene Fürstenthum Lichtenberg s. m. Lottner, Sammlung der für Lichtenberg vom Jahre 1816—1834 ergangenen herzogl. Sachsen-Coburg-Gothaischen Verordnungen. Berlin 1836. 8. Jacobson, Geschichte a. a. O. S. 887 flg.

auf welches der Code civil ausdrücklich verweist oder wenn derselbe über den Gegenstand gar keine Festsetzung enthält. Außerdem aber gehört zum westrheinischen Provinzialrechte das später für dieses Gebiet ergangene preußische Recht. Bei der Zusammenstellung des Provinzialrechtes durch das Ministerium für die Gesetzrevision mußte nach diesen Gesichtspunkten verfahren werden. Besondere Commissionen erhielten im Jahre 1833 in den betreffenden Landgerichtsbezirken den Auftrag, desfallsige Entwürfe anzufertigen. Diese wurden geprüft und darauf erschien ein: Revidirter Entwurf des westrheinischen Provinzialrechtes nebst Motiven, Berlin 1837. 8. Eine förmliche Publication desselben wurde aber nicht beliebt, da man es für genügend hielt, durch diesen Entwurf das Civilgesetzbuch revidirt und ergänzt zu haben[259]).

B. Das Herzogthum Berg.

Im nördlichen und östlichen Theile des ostrheinischen Preußens, d. i. dem Herzogthum Berg, ist das französische Recht zwar auch zur Anwendung gelangt, das Verhältniß ist aber von dem westrheinischen Preußen wesentlich verschieden. Seit 1806 wurden einzelne dem Geiste des französischen Rechtes entsprechende Verordnungen eingeführt; darauf legte Napoleon vom 1. Januar 1810 ab den französischen Civil- und Criminalgesetzbüchern im Großherzogthum Berg gesetzliche Autorität bei. Schon 1814 wurde aber in denjenigen Districten, die vor dem Jahre 1807 zur preußischen Monarchie gehört hatten, das preußische Recht wieder hergestellt. In den übrigen Districten ist zwar das französische Recht anerkannt geblieben, indessen galt dasselbe stets nur beschränkt und viele Institute, welche im westrheinischen Gebiete schon vor der Einführung des Code u. s. w. aufgehoben waren, haben sich hier ungehindert fort erhalten. Das Provinzialrecht ist daher viel reichhaltiger. Es kommen hier aber in Betracht

a) das Herzogthum Berg[260]).

Die seit 1380 zum Herzogthum erhobene Grafschaft Berg, seit 1423 mit dem Herzogthum Jülich verbunden, fiel 1511 an das Cleve'sche Haus, und nach dessen Erlöschen 1609 an Pfalz. Diesem

---

259) Zu vergl. ist dabei noch: Ph. J. Serini, chronologische Zusammenstellung der während der provisorischen Verwaltung in den teutschen Rheinlanden publicirten älteren französischen Gesetze u. s. w. Mannheim 1848. 8., und für die spätere Praxis des französischen Rechtes in den preußischen Rheinlanden, Fr. Hadrian Joh. Thesmar, die fünf französischen Gesetzbücher in ihrer Fortbildung durch die neuere Gesetzgebung, sowie durch die Jurisprudenz der rheinischen Gerichtshöfe, insbesondere des königl. rheinischen Appellationsgerichtshofes zu Cöln und des Revisions- und Cassationshofes zu Berlin, mit den Vergleichungsstellen aus den fünf Gesetzbüchern und den Quellen des römischen und altfränkischen Rechtes u. s. w. Elberfeld 1845. 4. Bd. I. Das Civilgesetzbuch.

260) S. v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. III, S. 114 f. 180 f. Wegen der Herrschaft Broich, welche zu Berg gehört, s. m. Anm. 214. Hier gilt

verblieb es bis 1806, ward dann bis 1810 Bestandtheil des Großherzogthums Berg, bis 1813 des französischen Kaiserreiches und wurde 1815 an Preußen abgetreten. Das Particularrecht beruht hier auf den herzoglichen Verordnungen, namentlich der mehrfach revidirten Jülich-Bergischen Rechtsordnung von 1555 u. a. Diese sind zusammengestellt von Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in den ehemaligen Herzogthümern Jülich, Cleve und Berg und in dem vormaligen großherzoglichen Berg ... vom Jahre 1475 bis zu der am 15. April 1815 eingetretenen königl. preuß. Landesregierung ergangen sind, Düsseldorf 1821—1822. 4 Th. 8. Die Bearbeitung des Provinzialrechtes selbst erfolgte seit 1833 und es erschien der: Erste Entwurf zu einem revidirten Bergischen Provinzialrechte nebst Motiven, Cöln 1836, 2 Th. 8. Diesem folgte nach ergangener Berathung der: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1837. 8. Nach weiterer Kritik wurde im Landtagsabschiede vom 7. November 1841 ad 14 der landesherrliche Beschluß wegen Emanation dieses Provinzialgesetzbuches ausgesetzt.

b) Die vormals kurcölnischen Enclaven.

Das ehemalige Amt Deuz, Königswinter und das Gericht Vilich, auf dem rechten Rheinufer gelegen, gehörten bis zur Säcularisation zum Erzstifte Cöln. Durch den Reichsdeputationsreceß vom 25. Februar 1803 Art. XII wurden diese Districte dem Hause Nassau-Usingen überwiesen, und gingen von diesem an das Großherzogthum Berg, dessen Schicksale sie theilten. Das particulare Recht ist hier aus den kurcölnischen Gesetzen bis 1802, und den Nassauischen und Bergischen Verordnungen zu entnehmen (vgl. Scotti's mehrfach cit. Sammlungen). Darauf stützt sich ein: Erster Entwurf der 1806 mit dem Herzogthume Berg vereinigten vormals kurcölnischen Landestheile, Cöln 1836. 8., und der: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1837. 8. (als Th. II, Abschn. I des sub a genannten Bergischen Entwurfes).

c) Die Herrschaften Gimborn-Neustadt, Homburg an der Mark, Wildenburg-Schönstein[261]).

Die Herrschaft Gimborn-Neustadt war bis 1630 ein Theil der Grafschaft Mark und kam dann als Lehen an die Familie v. Schwarzenberg, welche sie 1782 an die Reichsgrafen von Wallmoden verkaufte, die sie hierauf 1813 den Grafen von Merveldt überließen. Im Jahre 1806 fiel die Herrschaft an das Großherzogthum Berg, 1815 an Preußen. Neben dem Code civil, als gemeinem Rechte, gelten als parti-

gemeines preußisches Recht, nach den Gesetzen vom 9. September 1814 und 25. Mai 1818.

261) Vgl. v. Kamptz a. a. O. Bd. II, S. 661 f. Bd. III, S. 187 flg. und oben Anm. 244.

culare Normen die märkischen Gesetze bis 1630, dann besonders der Landvergleich vom 25. Mai 1658[262]), erneuert den 13. Februar 1704, und spätere Satzungen.

Das Recht von Homburg an der Mark (s. oben) beruht auf den fürstlich Wittgenstein'schen Gesetzen, namentlich der Gerichtsordnung von 1562, der Holzordnung von 1569, der Bergordnung von 1570 und deren Revisionen.

Die Herrschaft Wildenburg, seit dem Erlöschen ihrer eigenen Dynasten im Besitze der Grafen von Hatzfeldt, war bis 1806 reichsunmittelbar, und kam dann an Berg und Preußen. Mit ihr verbunden ist die vormals kurcölnische Unterherrschaft Schönstein, welche 1802 unter die Landeshoheit von Nassau gefallen war. Während in dieser letzteren das gemeine teutsche Recht gilt (s. noch weiterhin C sub b), beruht in jener der Rechtszustand auf dem französischen Rechte und eigenen Ordnungen, namentlich der Gerichtsordnung und dem Landrechte von 1607, reformirt 1659.

Für diese drei Herrschaften wurde ein: Erster Entwurf des Provinzialrechtes, Cöln 1837. 8. ausgearbeitet und der: Revidirte Entwurf nebst Motiven, Berlin 1837. 8 als Theil II, Abschnitt II—IV dem sub a erwähnten Entwurfe für Berg zugefügt.

C) Die ostrheinischen Theile des Regierungsbezirkes Coblenz[263]).

Der ostrheinische Theil des Regierungsbezirkes Coblenz besteht aus sieben verschiedenen Ländertheilen, in welchen auch eben so viele verschiedene ältere Provinzial- und Particularrechte sich erhalten haben. Die Stelle des subsidiären Rechtes nimmt hier aber (mit Ausnahme der vorerwähnten Herrschaft Wildenburg) das römische und gemeine teutsche Recht ein.

a) Die Grafschaft Sayn[264]).

Die gräflich Sayn'schen Besitzungen waren nach dem Aussterben des Mannsstammes (1632) an zwei Erbtöchter gefallen, welche dieselben durch Vergleich vom 19. August 1652 theilten und nur den Flecken Bendorf gemeinsam behielten, bis er 1744 mit Altenkirchen vereinigt ward. Hiernach sondern sich

1) die Grafschaft Sayn-Altenkirchen, welche 1661 durch

---

262) Bei v. Steinen, Westphälische Geschichte Bd. II, S. 400 flg.

263) M. s. überhaupt Hertel, über die Rechts- und Gerichtsverfassung der zum Regierungsbezirke Coblenz gehörigen ostrheinischen Landestheile, in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XXVI, S. 3—182, und in zweiter vermehrter Ausgabe. Coblenz 1830. 2 Bde. 8.

264) v. Kamptz, die Provinzialrechte Bd. II, S. 729 f. Jacobson, Geschichte cit. S. 582 f.

Heurath an die Herzoge von Sachsen-Eisenach, 1741 durch Erbschaft an die Grafen von Ansbach und Bayreuth, 1792 durch Vertrag an die Krone Preußen fiel. Durch den Reichsdeputationsreceß 1803 gelangte Nassau-Usingen dazu.

2) Die Grafschaft Sayn-Hachenburg, welche durch Heurath 1652 an die Grafen von Manderscheid, 1675 an die Grafen von Kirchberg, 1799 an Nassau-Weilburg kam.

3) Der Flecken Bendorf, welcher mit Sayn-Altenkirchen auf Preußen und Nassau überging.

Seit 1806 stand die ganze Grafschaft unter der gemeinsamen nassauischen Regierung, welche durch den Staatsvertrag vom 31. Mai 1815 darauf zu Gunsten Preußens verzichtete[265]). Das Particularrecht beruht auf sächsischen, ansbachischen und nassauischen Verordnungen, zusammengestellt von Scotti (in der: Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in den vormaligen Wied ..., Sayn-Altenkirchen'schen, Sayn-Hachenburg'schen ... nunmehr königlich preußischen Landesgebieten ergangen sind. Fünfte Sammlung. Abth. III und IV. Düsseldorf 1836. 8.), sowie auf Gewohnheitsrechten. Nach Ordnung des allgemeinen Landrechtes ließ das Justizministerium diese Materialien ordnen und es erschien eine: Zusammenstellung der in den ostrheinischen Theilen des Regierungsbezirkes Coblenz noch geltenden Provinzial- und Particularrechte, nebst Motiven, Berlin 1837. 8., und ein: Revidirter Entwurf des ostrheinischen Provinzialrechtes, nach Ordnung des allgemeinen Landrechtes, nebst Motiven, Berlin 1837. 8., worin bei den betreffenden Materien die Sayn'schen Bestimmungen den Anfang bilden.

b) Vormals kurcölnische[266]) Gebiete.

Das Justizamt Linz, die Herrlichkeit Lahr und die Herrschaft Schönstein (s. vorhin B sub c) kamen bei der Säcularisation des Erzstiftes Cöln an Nassau, 1815 an Preußen. Das Particularrecht beruht vorzugsweise auf der cölnischen Rechtsordnung vom Erzbischof Maximilian Heinrich, vom 10. Mai 1663, nebst deren Erläuterungen von Maximilian Friedrich vom 12. Mai 1767, den Synodalstatuten und cölnischen Edicten (Vollständige Sammlung u. s. w. auf Befehl Ihro kurfürstl. Gnaden zu Cöln Maximiliani Friderici zusammengetragen, Cöln 1772, 1773. 2 Bde. Fol., und Scotti's mehrerwähnte kurcölnische Sammlung). Die Bearbeitung des Provinzialrechtes erfolgte zugleich mit dem ostrheinischen Rechte überhaupt. Dasselbe gilt von den Aemtern Neuenburg und Altenwied, welche 1803 dem Fürsten

---

265) Gesetzsammlung von 1818. Anhang S. 31.

266) Ueber das kurcölnische Recht überhaupt s. m. v. Kamptz a. a. O. Bd. III, S. 271 f.

von Wied-Runkel zufielen, von diesem 1806 auf Nassau-Usingen und 1815 auf Preußen übergingen.

c) Vormals kurtrier'sche[267]) Besitzungen.

Die Justizämter Ehrenbreitstein, Vallendar, Hammerstein, die Kirchspiele Horrhausen, Peterslahr, die Herrschaft Hönningen und die Gemeinde Irrlich gelangten bei der Säcularisation des Erzstiftes Trier an den Fürsten von Nassau und 1815 an Preußen. Hier gelten die trier'schen Gesetze, insbesondre das Landrecht von 1668 und dessen Reformation von 1713 (vergl. Scotti's Provinzialgesetze. — Vierte Sammlung der Gesetze und Verordnungen in dem vormaligen Kurfürstenthume Trier von 1310 bis 1802, Düsseldorf 1832, 3 Th. 8. Blattau, statuta synodalia, ordinationes et mandata Archidioecesis Trevirensis nunc primum collegit et edidit, Augustae Trevirorum 1844—1851. 8 Tomi. 4.).

d) Die Grafschaft Solms[268]).

Durch die im Jahre 1436 bewirkte Absonderung der beiden Söhne Otto's von Solms († 1409) entstanden zwei Hauptlinien;

1) Die Grafschaft Solms-Braunfels im Bezirke der Justizämter Braunfels und Greifenstein;

2) die Grafschaft Solms-Lich (Solms-Hohensolms-Lich) im Bezirke des Justizamtes Hohensolms.

Beide, bis 1806 reichsunmittelbar, fielen durch die Rheinbundacte unter das Haus Nassau und gelangten 1815 unter die Krone Preußen. Es gelten hier theils solm'sche, theils nassauische Gesetze, von jenen vorzüglich das vom frankfurter Syndikus Johann Fichard verfaßte Landrecht vom 4. April 1571 (s. Scotti, Sammlung der Gesetze in den ... Solms-Hohensolms- resp. Lich'schen Landesgebieten, fünfte Sammlung, Abth. V u. VI, Düsseldorf 1836. 8.).

e) Das Justizamt Atzbach[269]).

Die Districte Atzbach, Launsbach, Lützellinden, Großrechtenbach u. a. gehörten früher theils zu Nassau-Weilburg, theils zur Gemeinschaft von Nassau und Hessen-Darmstadt. Seit 1705, resp. 1806 bis 17. October 1816 war sie nassauisch und wurden dann gemäß dem Staatsvertrage vom 31. Mai 1815 an Preußen abgetreten. Das Particularrecht beruht theils auf dem solms'schen Landrechte von

---

267) Ueber das trier'sche Recht überhaupt s. m. v. Kamptz a. a. O. Bd. III, S. 222 f.

268) S. v. Kamptz a. a. O. Bd. III, S. 460 f. Jacobson, Geschichte cit. S. 611 flg.

269) S. v. Kamptz a. a. O. S. 351 flg. wegen der nassauischen Herrschaften überhaupt. Jacobson a. a. O. S. 633 flg.

1571, theils auf nassauischen und anderen Gesetzen (s. überhaupt Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen in den Nassau-Usingen'schen, Nassau-Weilburgischen und herzoglich Nassauischen Landesgebieten, fünfte Sammlung, Abth. VII, VIII, IX. Düsseldorf 1836. 8.).

f) Die Grafschaft Wied[270]).

Die Grafschaft Wied zerfiel seit 1613 in zwei Herrschaften 1) Wied-Neuwied und 2) Wied-Runkel, welche bis 1806 reichsunmittelbar blieben, dann unter die Landeshoheit Nassau und durch den Staatsvertrag vom 31. Mai 1815 unter Preußen fielen. Es gelten hier die besonderen wiedischen und nassauischen Verordnungen, vorzüglich die Nassau-Katzenelnbogische Gerichts- und Landesordnung von 1616 (vgl. Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen in den wiedischen Landesgebieten. Fünfte Sammlung, Abtheilung I. Düsseldorf 1836 8. und die vorhin citirte Nassauische Sammlung.)

g) Die Reichsstadt Wetzlar[271]).

Die ehemalige Reichsstadt Wetzlar wurde durch den Reichsdeputationsreceß von 1803 dem Kurerzkanzler, späteren Fürsten Primas von Teutschland Carl von Dalberg zugewiesen, fiel aber 1810 an Frankreich und durch die Schlußacte des Wiener Congresses vom 9. Juni 1815 an Preußen. Bis 1803 galten neben dem gemeinen Rechte eigene Statuten, dann wurde das Mainzer Landrecht des Kurfürsten Erzbischofs Johann Friedrich Carl vom 24. Juli 1755 eingeführt[272]). Im Jahre 1811 gelangten der Code Napoléon und die Frankfurter Gerichtsordnungen zur Herrschaft (s. überhaupt Scotti, Sammlung der Gesetze in dem vormaligen Wetzlar'schen Gebiete. Fünfte Sammlung, Abtheilung X, Düsseldorf 1836 8.). Nach der Besitznahme durch die Verbündeten wurde durch Verordnung vom 16. Januar 1814 der Rechtszustand vor der Einführung des französischen Rechtes wieder hergestellt und es beruht daher das Particularrecht von Wetzlar auf dem gemeinen Rechte und dem Mainzer Landrechte.

Für alle hier genannten ostrheinischen Landestheile wurde, wie oben bemerkt ist, der Entwurf des Provinzialrechtes und dessen Revision im Jahre 1837 ausgearbeitet; darauf folgte die Prüfung durch den Landtag, ohne weiteren Erfolg. Der achte rheinische Landtag stellte indessen den Antrag auf Einführung des französischen Rechtes, erhielt

---

270) v. Kamptz a. a. O. S. 472 f. Jacobson a. a. O. S. 594 f.

271) v. Kamptz a. a. O. S. 602 f. Jacobson a. a. O. S. 754 f., 841 f.

272) Vgl. über das Mainzer Recht überhaupt v. Kamptz a. a. O. S. 216 f. Verb. Hertel a. a. O. §. 14, 17, 19 f.

aber in dem Landtagsabschiede vom 27. December 1845 (II. Nr. 65) den Bescheid, es würde den Grundsätzen des Königs widersprechen, das französische Recht dem teutschen zu substituiren. Die schon 1841 dringend gewünschte beschleunigte Publication des ostrheinischen Provinzialrechtes ist aus den früher angegebenen Gründen nicht erfolgt.

9) Die Hohenzollern'schen Fürstenthümer[273]).

Gemäß der von dem Grafen Karl von Hohenzollern am 24. Januar 1575 aufgerichteten Erbvereinigung gründeten 1576 die beiden Söhne desselben Eitel Friedrich VI. und Karl II. die Linie Hohenzollern-Hechingen und Hohenzollern-Sigmaringen. Mit dem stammverwandten Hause Brandenburg und Ansbach-Bayreuth wurde 1695 und 1707 ein Familienvertrag und Erbvergleich geschlossen[274]), deren Geltung auch in dem vom Haupte des Stammes, dem Könige von Preußen, bestätigten Familienstatute vom 24. Januar 1821 anerkannt ward. Hiernach soll, unter Voraussetzung des Rechtes der Primogenitur, beim Erlöschen des Mannsstammes einer Linie die andere eintreten, beim Erlöschen beider das Haus Brandenburg succediren, und umgekehrt. Auf Grund dieser Verträge haben, aus Anlaß der im Jahre 1848 im südwestlichen Teutschland eingetretenen politischen Ereignisse, die Fürsten Friedrich Wilhelm Constantin von Hohenzollern-Hechingen und Karl Anton von Hohenzollern-Sigmaringen sich entschlossen, gegen Entschädigung und unter Vorbehalt des Fortbestandes der fürstlichen Hausverfassung und der Erbeinigungsverträge, ihre Länder mit dem preußischen Staate zu vereinigen. Gemäß dem Vertrage vom 7. December 1849[275]) ist die Besitznahme am 12. März 1850 erfolgt[276]). Hohenzollern-Hechingen hat auf $4{,}_5$ QM. 20,471, Hohenzollern-Sigmaringen auf $15{,}_{35}$ QM. 45,790 Einwohner. Es gelten gemeines Recht, die Landtagsordnung von 1698 und Specialverordnungen, welche durch besondere Organe publicirt sind. (Sammlung der Gesetze und Verordnungen für das Fürstenthum Hohenzollern-Sigmaringen von 1808—1820, Sigmaringen 1822. 4., seitdem nach Jahrgängen in besonderen Bänden.) Die bisherige Verfassung und Verwaltung ist nach den im preußischen Gesammtstaate geltenden Grundsätzen schon großentheils verändert[277]); insbesondre besteht

273) Zohler, Geschichte, Land- und Ortskunde der Fürstenthümer Hohenzollern-Hechingen und Hohenzollern-Sigmaringen, Ulm 1824. —. Statistische Nachrichten über die Fürstenthümer Hohenzollern u. s. w. in Dieterici's Mittheilungen des statistischen Bureau's in Berlin. Fünfter Jahrgang, 1852. S. 47 flg.

274) v. Kamptz, Literatur der Verfassung des könglichen Hauses §. 14 (Jahrbücher Bd. XXV, S. 26).

275) Gesetzsammlung von 1850 S. 289.

276) Das Patent wegen der Besitznahme a. a. O. S. 295.

277) Die einzelnen Erlasse darüber sind in der preußischen Gesetzsammlung enthalten und werden bei der weiteren Darstellung berücksichtigt werden.

seit dem 1. Januar 1852 die allgemeine preußische Gerichtsorganisation[278]).

Hierher gehört noch endlich das dem preußischen Staate gegenwärtig factisch entzogene

10) Fürstenthum Neuenburg-Valendis[279]).

Das Fürstenthum Neufchatel und die Herrschaft Valengin[280]) wurden im Jahre 1707 von Preußen erworben (s. Anm. 32), durch den Wiener Tractat vom 16. December 1805 an Frankreich abgetreten, durch den Pariser Frieden und die Wiener Schlußacte aber vergrößert wieder erlangt. Es enthält dieses Gebiet $13_{,95}$ QM. mit 64,970 Einwohnern[281]). Neben einzelnen Verordnungen gilt darin vorzugsweise Gewohnheitsrecht[282]).

Nach dieser Darlegung der allgemeinen und provinziellen Gesetzgebung wenden wir uns zur Betrachtung der

Verfassung des preußischen Staates[283]).

Der preußische Staat ist eine Monarchie, die Krone erblich in dem Mannsstamme des königlichen Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge.

---

278) Gesetz vom 30. April 1851, in der Gesetzsammlung d. J. S. 188.

279) S. G. A. Matile, monumens de l'histoire de Neuchâtel. à Neuch. 1844. Fol. Von demselben Verfasser: Histoire des institutions législatives et judiciaires de la principauté de Neuchâtel. à Neuch. 1838. Starke a. a. O. Bd. II, Abth. III, S. 129 flg.

280) Ueber die Bezeichnung des Fürstenthums s. m. die Cabinetsordre vom 4. April 1845 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. LXV, S. 332).

281) Ueber die Bevölkerungsverhältnisse im Fürstenthum Neuenburg von J. G. Hoffmann, in dem Nachlasse kleiner Schriften staatswirthschaftlichen Inhaltes, Berlin 1847, Nr. XV.

282) M. s. bes. Starke a. a. O. und unten über die einzelnen Rechtsverhältnisse.

283) Vgl. v. Kamptz, Literatur der Verfassung des königlichen Hauses, Berlin 1824 8. (abgedruckt aus v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XXV. S. 3—80). Mirus, übersichtliche Darstellung des preußischen Staatsrechtes, Berlin 1833 8. Ostermann, Grundsätze des preußischen Staatsrechtes, Dortmund 1841 8. (vgl. darüber v. Buchholtz in Schneider's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft 1843 S. 1109 flg. Pape, in Sommer's neuem Archiv für preußisches Recht Bd. IX, H. II, S. 232 flg.). Bergius, Preußen in staatsrechtlicher Beziehung, Münster 1839 8. (s. darüber Buddeus in Richter's kritischen Jahrbüchern 1839 S. 532 flg.) 2. Ausg. 1843 8. Simon, das preußische Staatsrecht, Breslau 1844, 2 Thle. 8. (s. darüber Wasserschleben, in den cit. Jahrbüchern 1845 S. 911 flg.). v. Lancizolle, über Königthum und Landstände in Preußen, Berlin 1846. 8. v. Kamptz, Abhandlungen aus dem teutschen und preußischen Staatsrechte, Berlin 1846. 8. (Landstände, allgemeine Stände, preußische Constitution). Die neueste Gesetzgebung seit 1848 ist in den Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher berücksichtigt.

Dieser in die Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 51 und vom 31. Januar 1850 Art. 53 übergegangene Grundsatz beruht auf den königlichen Hausgesetzen[284]). In der letztwilligen Anordnung des Kurfürsten Friedrich's I. von 1437 und deren Bestätigung in dem sogen. Cadolzburger Testamente (d. d. Cadolzburg Sonntag nach Kreuzes-Erhöhung) 1440 ist noch eine Theilung unter die vier Söhne des Landesherrn, mit der Fortdauer gegenseitiger Succession, verfügt. Eine andere Ordnung verabredete Albrecht Achilles in der „Theilung, Ordnung, Satzung, Vertrag und Einigung d. d. Cöln an der Spree am Tage Matthiä 1473" (sog. Achillea, dispositio Achillea). Es darf darnach nie mehr als drei regierende Fürsten geben; die Marken sollen auf ewige Zeiten ungetheilt mit der Kurwürde dem ältesten Sohne zufallen und nach dessen unbeerbtem Tode dem ältesten Bruder; das fränkische Land kann in zwei Theile, unterhalb des Gebirges (Ansbach) und oberhalb des Gebirges (Bayreuth) zerfallen. Die Erbhuldigung soll in jedem Landestheile eventuell auch auf die in den anderen Landen regierenden Herren und deren männliche Leibes-Lehnserben gerichtet werden; die in den geistlichen Stand getretenen Herren sind unfähig zur Succession. Etwa vorfindliche Schulden sollen zu gleichen Lasten übernommen werden. Unversorgte Söhne und Töchter erhalten eine Abfindung, resp. Leibgeding und Heurathsgut, aber nie in Land und Leuten. Von den ererbten Besitzungen dürfen die Herren und ihre Erben weder sämmtlich noch sonderlich irgend Etwas vergeben, versetzen oder verkaufen. — An die Achillea schließt sich der Geraer Hausvertrag, vom Markgrafen Georg Friedrich von Ansbach-Bayreuth und dem Kurfürsten Joachim Friedrich, auf Grund einer Unterhandlung zu Gera im Jahre 1598, am 29. April 1599 zu Magdeburg unterzeichnet, und nach des Markgrafen Tode vom Kurfürsten und seinen beiden ältesten Brüdern zu Onolzbach am 11. Juni 1603 vollzogen. Zuvörderst heißt's darin: „Wir haben alle Wege einmüthig dafür geachtet des Kurfürsten Alberti Achillis Verordnung, welche auch Kaiser Friedrich III. auf dem Reichstage ... confirmirt hat, wie ingleichen mit Vorbewußt, Consens und Vollwort ihrer Gnaden Söhne gemacht ist, von uns und unseren Nachkommen von nun an zu ewigen Zeiten zu halten, wie denn dieselben pro pacto, pro statuto familiae, quod transiit in formam contractus, ja weil dieselbige dergestalt

---

284) S. über dieselben v. Kamptz Literatur S. 24 flg. v. Ohnesorge, Geschichte des Entwickelungsganges der preußischen Monarchie S. 152 flg. v. Lancizolle, Geschichte der Bildung des preußischen Staates S. 509 flg., 671. In Betreff der Primogeniturfolge ist außer den im Texte berücksichtigten Hausgesetzen noch besonders Bezug zu nehmen auf das Testament Friedrich Wilhelm's I. vom 1. Juli 1714 und auf das „pactum Fridericianum" vom 24. Juni, 11. und 14. Juli 1752, geschlossen zwischen König Friedrich II. und den Markgrafen von Franken Friedrich und Carl Friedrich Wilhelm.

wie angezogen confirmiret, pro pragmatica sanctione et lege publica zu achten.“ In Betreff der Succession wird bestimmt, daß die Kurwürde und die gesammte Mark Brandenburg nebst allen damit verbundenen Gebieten auf ewige Zeiten ungetheilt dem Erstgeborenen zukommen; dem regierenden Kurfürsten gehören auch ausschließend alle Anwartungen. In Franken bleibt's bei der Bestimmung, daß jedesmal mehr nicht als zwei regierende Herren seien. Nach Abgang der preußischen und der älteren fränkischen Linie (1603 mit Georg Friedrich erloschen) soll das Herzogthum Preußen auch dem Kurfürsten ausschließend zu Theil werden. Ueber das Verhältniß der nicht regierenden Herren wird bestimmt, daß dieselben bis zum vollendeten achtzehnten Jahre zur Nothdurft fürstlich unterhalten, dann aus der kurfürstlichen Linie jedem ein jährliches Deputat, so viel möglich mit eigenen Landen, Leuten oder Stiften, die dem regierenden Herrn nichts kosten, gereicht werden. Wegen des Deputates in Franken wird eine erschöpfende Bestimmung vorbehalten. Für die Töchter sorgt jede Linie durch Unterhalt bis zur Verheurathung, und in solchem Falle durch eine Ausstattung, wozu aber niemals Land und Leute gegeben werden dürfen. Die Töchter verzichten vor ihrer Verheurathung auf väterliches, mütterliches und brüderliches Erbe. Die ältere Disposition gegen Veräußerung, Versatz, Vergebung von Land, Leuten, Schlössern oder Gütern wird wiederholt. Die vom Kurfürsten contrahirten Schulden werden aus der hinterlassenen Erbschaft und vom succedirenden Kurfürsten billig abgetragen. Ein jeder Herr in beiden Linien hat nach vollendetem achtzehnten Jahre schriftlich an Eidesstatt zu geloben, die Achilleische Disposition und den Geraischen Vertrag vollständig fest und unverbrüchlich zu halten.

Diese Bestimmungen sind auch später im wesentlichen stets maßgebend geblieben und mit solcher Gewissenhaftigkeit beobachtet, daß, als der große Kurfürst in seinem vom Kaiser gebilligten Testamente davon abzuweichen suchte, sein Sohn Friedrich III. dasselbe von sämmtlichen Mitgliedern des geheimen Rathes einer Prüfung unterwerfen ließ und es dann umstieß, weil es den Grundgesetzen des Hauses von 1473 und 1603 entgegen laufe und das in ihnen enthaltene ernstliche Verbot aller Zertheilung von Land und Leuten, worauf der Glanz und die Macht des Hauses Brandenburg einzig und allein gegründet worden, mit einem Male über den Haufen werfe[285]). Friedrich hielt an diesem Grundsatze auch selbst streng fest und dehnte denselben durch eine Disposition von 1710 auf die neu erworbenen Länder aus, welche Friedrich Wilhelm I. durch das Edict: von der Inalienabilität deren alten und neuere Domainengüter unterm 13. August 1713 noch besonders bestätigte und einschärfte[286]). Die über den Staat gekommene Noth der Jahre

285) Stenzel, Geschichte des preußischen Staates Bd. II, S. 441. Bd. III, S. 11.

286) Mylius, Corp. Const. March. T. IV. Abth. II, Nr. XIII, Fol. 162.

1806 u. flg. allein war stark genug, eine Aenderung zu veranlassen. Friedrich Wilhelm III. bestimmte durch das Edict und Hausgesetz über die Veräußerung der königlichen Domainen vom 17. December 1808 nebst Publicandum vom 6. November 1809 [287]), unter Zuziehung aller Prinzen des königlichen Hauses und der Stände in den Provinzen: Es hat bei den Hausverträgen und Grundgesetzen des königlichen Hauses, insoweit solche die Untheilbarkeit und Unveräußerlichkeit der Souverainetätsrechte, mittelst Anordnung der Primogenitur und des Fideicommisses festsetzen, sein Verbleiben. Was die Domainen betrifft, deren Ertrag zu den öffentlichen Ausgaben bestimmt ist, so können jederzeit nur die Bedürfnisse des Staates und die Anwendung einer verständigen Staatswirthschaft darüber entscheiden, ob ihre Veräußerung für das gemeinsame Wohl und des königlichen Hauses Interesse, nothwendig oder vortheilhaft sei. Hiernach werden die Vorschriften des allgemeinen Landrechtes Theil II, Titel XIV, §. 16 flg. dahin declarirt, daß Verschenkungen nicht stattfinden und stets widerruflich sind, Veräußerungen aber unter Voraussetzung des wahren Bedürfnisses gestattet sein sollen und das Edict vom 13. August 1713 auf den Verkauf und die Verpfändung oder sonstige Belastung der Domainengüter mit dinglichen Rechten nicht anwendbar sei.

Die Verfassungsurkunde enthält in Art. 1 u. 2 die Bestimmung: Alle Landestheile der Monarchie in ihrem gegenwärtigen Umfange bilden das preußische Staatsgebiet. Die Grenzen desselben können nur durch ein Gesetz verändert werden. Hiernach und im Hinblick auf die Geschichte der Bildung der preußischen Monarchie (s. oben die Einleitung) erklärt sich der Titel des Staasoberhauptes [288]), welcher also lautet: König von Preußen [289]), Markgraf zu Brandenburg, souverainer und oberster Herzog von Schlesien, wie auch der Grafschaft Glatz, Großherzog von Niederrhein und von Posen, Herzog zu Sachsen, Engern und Westphalen, in Geldern, zu Magdeburg, Cleve, Jülich, Berg, Stettin, Pommern, der Cassuben und Wenden, zu Mecklenburg [290]) und Crossen, Burggraf zu Nürnberg, Landgraf zu Thüringen, Markgraf der Ober- und Niederlausitz, Prinz von Oranien, Neuenburg

---

Verb. Erklärung des Edictes, daß wegen Abtretung des Amtes Bingen an den Fürsten Menschikoff, andere an dessen Stelle wieder zu den Domainen gebracht werden sollen, vom 17. October 1713 a. a. O. Fol. 163.

287) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 883 flg. Mathis, allgemeine juristische Monatsschrift Bd. VIII, S. 463 flg.

288) v. Kamptz, Literatur S. 19. v. Ohnesorge a. a. O. S. 224 flg.

289) Bis 1744 „König in Preußen" nach altem Canzleistil (Moser, Staats-Grammatik S. 257). Vgl. Preuß, Friedrich der Große Bd. II, S. 436. Bd. IV, S. 56. Eigentlich war der Titel „König von Preußen" erst der richtige, nachdem das polnische Preußen reoccupirt worden.

290) Mit Rücksicht auf die Erbeinigung von 1415, 1442 u. s. w. v. Kamptz, Literatur S. 76 f.

und Valendis, Fürst zu Rügen, Paderborn, Halberstadt, Münster, Minden, Camin, Wenden, Schwerin, Ratzeburg, Meurs, Eichsfeld und Erfurt, Graf zu Hohenzollern, zu Sigmaringen und Veringen[291]), gefürsteter Graf zu Henneberg, Graf zu Ruppin, der Mark Ravensberg, Hohenstein, Tecklenburg, Schwerin und Lingen, Herr der Lande Rostock, Stargard, Lauenburg und Bütow, zu Haigerloch und Wehrstein ꝛc.[292]). Daneben wird ein mittlerer und kürzerer Titel gebraucht, und dem entsprechend das Wappen[293]), worüber die Verordnung vom 9. Januar 1817 nähere Bestimmungen gegeben hat[294]).

Der König wird mit Vollendung des achtzehnten Lebensjahres volljährig[295]). Wenn der König minderjährig oder sonst dauernd verhindert ist, so übernimmt derjenige volljährige Agnat, welcher der Krone am nächsten steht, die Regentschaft. Er hat sofort die Kammern zu berufen, die in vereinigter Sitzung über die Nothwendigkeit der Regentschaft beschließen. Ist kein volljähriger Agnat vorhanden und nicht bereits vorher gesetzliche Fürsorge für diesen Fall getroffen, so hat das Staatsministerium die Kammern zu berufen, welche in vereinigter Sitzung einen Regenten wählen. Bis zum Antritt der Regentschaft von Seiten desselben führt das Staatsministerium die Regierung. Der Regent übt die dem Könige zustehende Gewalt in dessen Namen aus[296]).

Ueber die Stellung des Königs und die landesherrlichen Majestätsrechte enthält das allgemeine Landrecht im II. Theil, XIII. und folgenden Titeln detaillirte Bestimmungen[297]), welche die Verfassungsurkunde also zusammengefaßt hat: Die Person des Königs ist unverletzlich (Art. 43). Die Minister des Königs sind verantwortlich[298]). Alle Regierungsacte des Königs bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt (Art. 44). Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und zwei Kammern ausgeübt (Art. 62). Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu. Er ernennt und ent-

---

291) Nach der Bestimmung des Patentes wegen Besitznahme der Fürstenthümer Hohenzollern vom 12. März 1850 (Gesetzsammlung d. J. S. 295).

292) Wie in der vorigen Anmerkung.

293) v. Kamptz, Literatur S. 19 flg. L. v. Ledebur, Streifzüge durch die Felder des königlichen preußischen Wappens. Berlin 1842. 8.

294) Gesetzsammlung von 1817 S. 17 flg.

295) Verfassungsurkunde Art. 54.

296) A. a. O. Art. 56—58; m. vgl. dazu Art. 54—56 der Verfassungsurk. vom 5. Dec. 1848 und die Verhandlungen der II. Kammer vom 19. u. 20. Sept. 1849, der I. Kammer vom 27. October 1849.

297) Zum näheren Verständnisse derselben dienen die literarischen und gesetzlichen Materialien in den Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher Bd. I, Abth. IV nebst den Supplementen, im Ganzen wieder abgedruckt in H. Simon, das preußische Staatsrecht. Breslau 1844. 8.

298) Vgl. darüber unten das Nähere.

läßt die Minister. Er befiehlt die Verkündigung der Gesetze und erläßt die zu deren Ausführung nöthigen Verordnungen (Art. 45). Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt. Die Urtheile werden im Namen des Königs ausgefertigt und vollstreckt (Art. 86)[299]. Der König führt den Oberbefehl über das Heer (Art. 46). Der König besetzt alle Stellen im Heere sowie in den übrigen Zweigen des Staatsdienstes, sofern nicht das Gesetz ein Anderes verordnet (Art. 47)[300]. Der König hat das Recht, Krieg zu erklären und Frieden zu schließen, auch andere Verträge mit fremden Regierungen zu errichten. Letztere bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Zustimmung der Kammern, sofern es Handelsverträge sind, oder wenn dadurch dem Staate Lasten oder einzelnen Staatsbürgern Verpflichtungen auferlegt werden (Art. 48). Der König hat das Recht der Begnadigung und Strafmilderung (Art. 49)[301]. Dem Könige steht die Verleihung von Orden und anderen mit Vorrechten nicht verbundenen Auszeichnungen zu. Er übt das Münzrecht nach Maßgabe des Gesetzes (Art. 50). Der König beruft die Kammern und schließt ihre Sitzungen. Er kann sie auflösen oder vertagen (Art. 51, 52, 76, 77). Als Haupt der evangelischen Kirche des Landes ist der König im Besitz der sog. Episcopalrechte.

Für den Unterhalt der königlichen Familie, des Hofstaates, der prinzlichen Hofstaaten und für alle dahin gehörigen Institute sind nach dem Gesetze vom 17. Januar 1820, wegen der künftigen Behandlung des gesammten Staatsschuldenwesens §. 3, jährlich 2,500,000 Thaler erforderlich[302]. Diese auf die Einkünfte der Domainen und Forsten angewiesene Rente verbleibt nach Art. 59 der Verfassungsurkunde den Kronfideicommißfonds[303].

Den Hofstaat des Königs bilden als oberste Hofchargen: der Oberst-Kämmerer, Oberst-Marschall, Oberst-Truchseß, Oberst-Schenk; als Oberhofchargen: der Ober-Gewand-Kämmerer (grand maître de la garderobe), Ober-Schloßhauptmann, Ober-Hof- und Haus-Marschall

---

299) Vgl. wegen der Fälle in Straffachen, welche der königlichen Bestätigung bedürfen, Criminalordnung §. 508, 530. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XIII, §. 8. Militärstrafgesetz vom 3. April 1845 Th. II, §. 154. Gesetz vom 20. Juli 1852 §. 47.

300) Art. 87: „die Richter werden vom Könige oder in dessen Namen auf Lebenszeit ernannt". In dem unterm 24. Mai 1853 aufgehobenen Art. 105 Nr. 2 heißt es: „die Vorsteher der Provinzen, Bezirke und Kreise werden vom Könige ernannt".

301) Vgl. Criminalordnung von 1805 §. 590 flg. und dazu die Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher (Bd. VI, S. 180 flg.). Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XIII, §. 9—11.

302) Gesetzsammlung d. J. S. 9.

303) Vgl. Verhandlungen der II. Kammer vom 20. September 1849 in den stenographischen Berichten Bd. I, S. 355 f.

und Intendant der königlichen Schlösser, Ober-Jägermeister, Ober-Ceremonienmeister, Vice-Ober-Jägermeister; als Hofchargen: der Schloßhauptmann von Königsberg, von Stolzenfels, von Breslau, von Benrath, von Rheinsberg, von Coblenz, der Hof-Jägermeister, der General-Intendant der königlichen Schauspiele, die Kammerherren [304]). Dazu kommen noch die verschiedenen Hof- und Erbämter in den Provinzen [305]).

Was die Privatrechte des Königs und königlichen Hauses betrifft, so entscheiden über die Familienrechte die Hausverfassung und Verträge [306]), im übrigen aber die Landesgesetze. Es sollen insbesondre Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staates und seinen Unterthanen bei den ordentlichen Gerichten nach den Vorschriften der Gesetze erörtert und entschieden werden [307]). Darlehen an die königliche Familie bedürfen, um klagbar zu werden, der Einwilligung des Königs [308]). Letztwillige Dispositionen von Personen, welche zur Familie des Landesherrn gehören, dürfen nur dem Haupte der Familie schriftlich eingereicht und dem Cabinetsarchive oder einem Gerichte zur Aufbewahrung zugefertigt werden [309]). Der Gerichtsstand der Mitglieder des königlichen Hauses sowie der hohenzollern'schen Fürstenhäuser, ist der mit dem Kammergerichte verbundene Geheime Justizrath [310]). Die Prinzen des königlichen Hauses genießen Sportelfreiheit [311]) und Stempelfreiheit [312]).

Die Verfassung des preußischen Staates erhält ihre Eigenthümlichkeit durch die im Lande vorhandenen Stände und ständischen Organe. Der Darstellung des Gesammtorganismus muß daher eine Uebersicht der letzteren vorausgehen.

Die Eigenschaft eines Preußen [313]) wird begründet

---

304) Vgl. königlich preußischen Staatskalender für das Jahr 1853 S. 16 flg.

305) A. a. O. S. 61 flg.

306) S. v. Kamptz, Literatur cit. S. 29 f. Vgl. Allg. Landrecht Th. II, Tit. XIII, §. 17.

307) Einleitung zum allgem. Landrechte §. 80. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XIII, §. 18.

308) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XI, §. 676, 677.

309) A. a. O. Th. I, Tit. XII, §. 176.

310) Allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. II, §. 41. Gesetz vom 26. April 1851 Art. III (Gesetzsammlung d. J. S. 181) vgl. unten.

311) Anhang zur allgem. Gerichtsordnung §. 146.

312) Stempelgesetz vom 7. März 1822 §. 3. 1. (Gesetzsammlung d. J. S. 57).

313) Die Verfassungsurkunde Art. 3 verweist auf „die Verfassung und das Gesetz". Im allgemeinen entscheidet das Gesetz vom 31. December 1842 über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preußischer Unterthan, sowie über den Eintritt in fremde Staatsdienste, in der Gesetzsammlung für 1843 S. 15 flg. Verb. Cabinetsordre vom 10. Januar 1848, in der Gesetzsammlung S. 25.

durch Abstammung, Legitimation (wenn die Mutter eines unehelichen Kindes Ausländerin ist), durch Verheurathung und durch Verleihung mittelst einer Naturalisationsurkunde, welche durch eine vom Könige, oder einer Central= oder Provinzialbehörde vollzogene oder bestätigte Bestallung für einen in den Staatsdienst aufgenommenen Ausländer ersetzt wird[314]). Die Eigenschaft als Preuße wird aber nur denen verliehen, welche nach den Gesetzen ihrer bisherigen Heimath dispositionsfähig sind, einen unbescholtenen Lebenswandel geführt haben, an dem Orte, wo sie sich niederlassen wollen, eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen finden und sich dort zu ernähren im Stande sind, und wenn sie Unterthanen eines teutschen Bundesstaates sind, ihre Militairpflicht erfüllt haben. Der Wohnsitz innerhalb des Staates begründet für sich allein nicht diese Eigenschaft. Dieselbe geht verloren durch Entlassung auf Antrag des Unterthans, durch Ausspruch der Behörde, durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande, durch Verheurathung einer Preußin an einen Ausländer. Die Freiheit der Auswanderung kann von Staatswegen nur in Bezug auf die Wehrpflicht beschränkt werden[315]). Abzugsgelder dürfen nicht erhoben werden[316]).

Ueber die Rechte der Preußen enthält die Verfassungsurkunde folgende Bestimmungen: Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich. Standesvorrechte finden nicht statt. Die öffentlichen Aemter sind, unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen, für alle dazu Befähigten gleich zugänglich (Art. 4). Die persönliche Freiheit ist gewährleistet. Die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung derselben, insbesondre eine Verhaftung zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt (Art. 5)[317]). Die Wohnung ist unverletzlich. Das Eindringen in dieselbe und Haussuchungen, sowie die Beschlagnahme von Briefen und Papieren, sind nur in den gesetzlich bestimmten Fällen und Formen gestattet (Art. 6)[318]). Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden (Art. 7). Das Eigenthum

---

314) Ueber die Anstellung von Ausländern vgl. man noch die Cabinetsordre vom 17. October 1847 und die allgemeine Verfügung vom 11. u. 13. December 1847 (im Justizministerialblatte 1847 S. 375, 376. Ministerialblatt des Innern 1847 S. 305).

315) Verfassungsurkunde Art. 11. Verb. Gesetz vom 31. December 1842 §. 17. (Vgl. die früheren Bestimmungen im allgem. Landrecht Th. II, Tit. XIII, §. 127—140 nebst Ergänzungen.)

316) Verfassungsurk. a. a. O. (vgl. die früheren Fortsetzungen im allgem. Landrechte Th. II, Tit. XVII, §. 141—160. Verordn. vom 11. Mai 1819 in der Gesetzsammlung S. 134).

317) Vgl. Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 24. September 1848 (Gesetzsammlung S. 257 f.), in revidirter Gestalt vom 12. Februar 1850 (Gesetzsammlung S. 45 f.)

318) Das in vor. Anm. cit. Gesetz vom 12. Februar 1850 §. 7 flg. Verb. Gesetz, betr. die Stellung unter Polizeiaufsicht vom 12. Februar 1850 (Gesetzsammlung S. 49 flg.).

ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen ... Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden (Art. 9). Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses, der Vereinigung zu Religionsgesellschaften und der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Religionsübung wird gewährleistet. Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse. Den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten darf durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehen (Art. 12). Jeder Preuße hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äußern. Die Censur darf nicht eingeführt werden (Art. 27)[318a]. Alle Preußen sind berechtigt, sich ohne vorgängige obrigkeitliche Erlaubniß friedlich und ohne Waffen in geschlossenen Räumen zu versammeln (Art. 29), desgleichen in Gesellschaften zu vereinigen (Art. 30)[318b]. Das Petitionsrecht steht allen Preußen zu. Petitionen unter einem Gesammtnamen sind nur Behörden und Corporationen gestattet (Art. 32). Alle Preußen sind wehrpflichtig. Den Umfang und die Art dieser Pflicht bestimmt das Gesetz (Art. 34). Das Recht der Verfügung über das Grundeigenthum unterliegt keinen anderen Beschränkungen als denen der allgemeinen Gesetzgebung (Art. 42).

Diese in so allgemeinen Ausdrücken bezeichneten Pflichten und Rechte erhalten erst durch entweder schon vorhandene ältere und neuere, oder erst noch zu entwerfende Ausführungsgesetze den vollen Inhalt und damit das richtige Verständniß. Von ihnen wird theils hier, theils weiterhin die Rede sein müssen.

Schon die Einleitung zum allgemeinen Landrechte §. 22 spricht aus: „die Gesetze des Staates verbinden alle Mitglieder desselben, ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechtes“. Die Gesetze des Staates, welche dadurch in Bezug genommen wurden, enthielten aber große Verschiedenheiten in den damals bestehenden drei Ständen, dem Adel-, Bürger- und Bauernstande, sowohl in bürgerlicher als staatsbürgerlicher Rücksicht[319]. Die Vorzüge des Adels und die Vorrechte der Städte wurden aber durch die Gesetzgebung seit 1807 nach und nach meistens beseitigt, namentlich durch das Edict vom 9. October 1807,

---

318a) Vgl. Gesetz über die Presse vom 17. März 1848 (Gesetzsammlung S. 69 f.), statt dessen Verordnung vom 29. Juni 1849 (daselbst S. 226 flg.) nebst der Ergänzung vom 5. Juni 1850 (daselbst S. 329 flg.), beide in revidirter Gestalt vom 12. Mai 1851 (a. a. O. S. 273 flg.). Wegen der früheren Verhältnisse der Censur u. s. w. Hesse, die Preßgesetzgebung des preußischen Staates, Berlin 1842. 8. Simon, Staatsrecht Bd. II. S. 18 flg.

318b) Verordnung von 29. Juni 1849 (Gesetzsammlung S. 221 flg.), in revidirter Gestalt vom 11. März 1850 (daselbst S. 277 flg.), über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnuug gefährdenden Mißbrauches des Versammlungs- und Vereinigungsrechtes.

319) Vgl. Allgem. Landrecht Th. II Tit. VII, VIII, IX.

betreffend den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigenthums, sowie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner [320]), die Cabinetsordre vom 28. October 1807 und 27. Juli 1808 wegen Aufhebung der Erbunterthänigkeit auf sämmtlichen preußischen Domainen [321]), das Edict vom 14. September 1811 die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betreffend [322]), das Edict vom 14. September 1811 wegen Beförderung der Landcultur [323]) — das Reglement vom 6. August 1808 über die Besetzung der Stellen als Portepée-Fähnriche und über die Wahl zum Officier [324]) — die Ordnung für sämmtliche Städte der preußischen Monarchie, nebst Instruction Behufs der Geschäftsführung der Stadtverordneten vom 19. November 1808 [325]), die Verordnung vom 24. October 1808 wegen Aufhebung des Zunftzwanges in Ost- und Westpreußen [326]), das Edict vom 2. November 1810 über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer [327]) nebst dem Gesetze vom 7. November 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe [328]) u. a. m. Allgemeiner declarirt die Verfassungsurkunde im Art. 4: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich. Standesrechte finden nicht statt.“ Man hat diese Bestimmung im Sinne der Verfassung des teutschen Reiches vom 28. März 1849 §. 137 so verstanden, als ob die Standesunterschiede damit eigentlich aufgehoben wären, was schon die Motive zu dem Berliner Entwurfe vom 28. Mai 1849 §. 135, welcher den Satz „der Adel als Stand ist aufgehoben“ fortläßt, mit Recht widerlegen. Es heißt darüber in der Denkschrift vom 11. Juni 1849: „Zu einer Aufnahme dieses Satzes lag kein Grund vor ... Es steht nichts im Wege, daß der Bauernstand, der Handwerkerstand u. s. w. gewisse besondere Rechte in Anspruch nehmen; auch hat die Verfassung selbst gewisse Stände nicht nur als solche bezeichnet, sondern ihnen auch besondere Vorrechte zuerkannt, wie dem Lehrerstande, dem Richter-

---

320) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 251. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. V, S. 171. v. Rabe, Sammlung Bd. IX, S. 85.

321) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 257, 359. Mathis a. a. O. Bd. VI, S. 164, 228. v. Rabe Bd. IX, S. 88, 235. Diese Verordnungen sind eine Ausdehnung der zuerst für Ostpreußen und Litthauen ergangenen Cabinetsordre vom 29. Dec. 1804. (Amelang, neues Archiv Bd. IV, S. 133. v. Rabe a. a. O. Bd. VIII, S. 232.)

322) Gesetzsammlung d. J. S. 281 f.

323) Gesetzsammlung d. J. S. 300 f.

324) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 403. Mathis a. a. O. Bd. VI, S. 415. v. Rabe a. a. O. Bd. IX, S. 271.

325) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 471. Mathis a. a. O. Bd. VII, S. 96. v. Rabe a. a. O. Bd. IX, S. 321.

326) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 457. Mathis a. a. O. Bd. VII, S. 171, v. Rabe a. a. O. Bd. IX, S. 302.

327) Gesetzsammlung d. J. S. 79.

328) Gesetzsammlung d. J. S. 263.

stande"[329]). Dasselbe gilt von der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, welche z. B. Art. 23 den öffentlichen Lehrern die Rechte und Pflichten der Staatsdiener beilegt und Art. 65 gewisse Personen als Mitglieder der ersten Kammer bezeichnet. Beruf und Geburt begründen daher eine Verschiedenheit der Stände.

Der Adel[330]).

Die früher zum Herrnstande gehörigen, im Besitze der Reichsunmittelbarkeit, Landeshoheit und Reichsstandschaft befindlichen Personen bilden den hohen Adel. Auch nach ihrer Mediatisirung haben dieselben in Teutschland diesen Charakter nicht verloren; daher sind in Preußen, zur Ausführung des Artikels XIV der teutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 und der Wiener Schlußacte Artikel LXIII vom 15. Mai 1820, die Verordnung vom 21. Juni 1815, betreffend die Verhältnisse der vormals unmittelbaren teutschen Reichsstände[331]) und die Instruction vom 30. Mai 1820[332]) ergangen und durch spätere allgemeine und besondere Erlasse näher bestimmt. Zu den letzteren gehören vornämlich die mit den Einzelnen abgeschlossenen Recesse (s. Anm. 345 flg.). Durch die Ereignisse des Jahres 1848 ist aber in vieler Rücksicht eine Aenderung des früheren Rechtszustandes herbeigeführt worden.

a) „Die vormals reichsständischen oder reichsunmittelbaren Mediatisirten"[333]) gehören, wie bisher, zum hohen Adel und bleiben in dem Rechte der Ebenbürtigkeit in dem bisher damit verbundenen Begriffe.

b) Die Häupter der ehemals reichsständischen Häuser sind Mitglieder der ersten Kammer[334]), dagegen haben sie aufgehört „die privilegirteste Classe insbesondre in Ansehung der Besteuerung" zu sein, nach dem Gesetze vom 7. December 1849 wegen Aufhebung der Classensteuerbefreiungen[335]), vom 24. Februar 1850 wegen Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen[336]).

---

329) Preußischer Staatsanzeiger 1849 Nr. 159.

330) Bielitz, Darstellung der Rechtsverhältnisse des Adels in Preußen. Nebst einem Anhange von adligen Gütern u. s. w., Berlin 1840 8. (aus der cameralistischen Zeitung abgedruckt). Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, zum Allgem. Landrechte Th. II, Tit. IX, auch in Simon, das preußische Staatsrecht Bd. I, S. 8 flg.

331) Gesetzsammlung d. J. S. 105 f.

332) Gesetzsammlung d. J. S. 81 f.

333) Dieses ist die officielle Bezeichnung, nach dem Beschlusse des Staatsministerii vom 31. Mai 1842 (Justizministerialblatt 1842 S. 361. v. Kamptz Jahrbücher Bd. LX, S. 562.)

334) Verfassungsurkunde Art. 65.

335) Gesetzsammlung d. J. S. 436.

336) Gesetzsammlung d. J. S. 62.

c) 1) Es bleibt ihnen die unbeschränkte Freiheit, ihren Aufenthalt in jedem zum Bunde gehörenden oder mit demselben im Frieden lebenden Staate zu nehmen [337]). 2) Gewillkürte und testamentarische, insonderheit Stamm- oder Familienausträge, sind in Civilstreitigkeiten der Mitglieder unter sich nur insofern competent, als diejenigen Verfügungen, worin solche festgesetzt sind, die landesherrliche Bestätigung erhalten haben [338]). 3) Der privilegirte Gerichtsstand für sie und ihre Familien besteht nicht mehr, nach der Verordnung vom 2. Januar 1849 über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximirten Gerichtsstandes [339]), desgleichen nicht die Befreiung von der Militairpflicht, nach Art. 34 der Verfassungsurkunde [340]). 4) Die standesherrliche Gerichtsbarkeit jeder Art in Civil- und Strafsachen ist durch die eben erwähnte Verordnung vom 2. Januar 1849 aufgehoben [341]) —. Die früheren Titel und Wappen sind ihnen verblieben, nur mit Hinweglassung solcher Worte und Symbole, durch welche einzig ihr Verhältniß zum teutschen Reiche oder ihre vormalige Eigenschaft reichsständischer oder reichsunmittelbarer regierender Landesherren bezeichnet ward [342]). Die ihrer Geburt angemessene Courtoisie zu beobachten ist den Behörden aufgetragen, demnach auch den Häuptern der fürstlichen Familien das Prädicat „Durchlaucht", den Häuptern der gräflichen Familien das Prädicat „Erlaucht", auf Grund der Bundesschlüsse vom 18. August 1825 und 13. Februar 1829 zuerkannt [343]) —. Auf die sonst ihnen zustehenden Regierungsrechte haben die Standesherrschaften zu Gunsten des Staates meistens verzichtet und die entsprechenden Entschädigungsrenten erhalten [344]).

337) Zweifel über die unbedingte Geltung dieser Bestimmung erweckt Art. 34, „Alle Preußen sind wehrpflichtig", s. Anm. 340.

338) Instruction vom 30. Mai 1820 §. 16.

339) §. 9, in der Gesetzsammlung von 1849 S. 3.

340) Die Verfassungsurkunde enthält keine Ausnahme von der Wehrpflicht aller Preußen, so daß auch die Mediatisirten derselben zu unterliegen scheinen. Eine ausdrückliche nähere Bestimmung in Betreff derselben ist nicht ergangen; doch entstehen allerdings Bedenken, da nach der Erklärung des Ministers des Innern in dem Erlaß vom 11. Juni 1852, betr. die Verhältnisse der Mennoniten (Preuß. Staatsanzeiger 1852 S. 1326), die Verfassungsurkunde hinsichtlich der allgemeinen Wehrpflicht etwas Neues gar nicht bestimmt, vielmehr nur das wiederholt, was das Gesetz vom 3. September 1814 bestimmt.

341) §. 1. Gesetzsammlung S. 1. Nach §. 6 dieser Verordnung erfolgt die Uebernahme der Beamten der standesherrlichen Gerichte mit Berücksichtigung der Instruction vom 30. Mai 1820 (Anm. 332) oder der besonderen darüber geschlossenen Verträge. Nach dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 23. Octbr. 1851 (Striethorst, Archiv IV, S. 57) haben die Mediatisirten nicht mehr das Recht, in Processen über ihre Domainen Eide durch den betr. Verwaltungsbeamten abzuleisten (Cabinetsordre vom 3. Februar 1845, Gesetzsammlung S. 37).

342) Instruction vom 30. Mai 1820 §. 6.

343) Cabinetsordre vom 21. Februar 1832 und Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 28. April 1832 (Gesetzsammlung S. 129). Cabinetsordre vom 3. März 1833 (Gesetzsammlung S. 29).

344) In den Staatshaushalts-Etats für das Jahr 1851 ist für 12 Ent-

Nach der Bekanntmachung des Staatsministeriums von 1832 sind diese vormals reichsständischen Häuser in Preußen

I. Fürstliche Häuser. 1) Herzog von Aremberg. 2) Fürst zu Bentheim-Steinfurt. 3) Fürst zu Bentheim-Tecklenburg-Rheda. 4) Herzog von Croy. 5) Fürst von Kaunitz-Rietberg. 6) Herzog von Looz-Corswaren. 7) Fürst zu Salm-Salm. 8) Fürst zu Salm-Kyrburg. 9) Fürst zu Salm-Horstmar. 10) Fürst zu Sayn-Wittgenstein-Berleburg. 11) Fürst zu Sayn-Wittgenstein-Hohenstein. 12) Fürst zu Solms-Braunfels[345]. 13) Fürst zu Solms-Lich und Hohen-Solms[346]. 14) Fürst zu Wied[347].

II. Gräfliche Häuser. 1) Graf von Stolberg-Wernigerode[348]. 2) Graf von Stolberg-Stolberg. 3) Graf von Stolberg-Rosla.

Seitdem sind indessen Veränderungen eingetreten, indem das Haus des Herzogs von Looz-Corswaren erloschen, der Erbe desselben Graf Lannoy von Clervaux den Titel eines Fürsten zu Rheina-Wolbeck erhalten hat. Die früher reichsunmittelbare Herrschaft Gemen, deren im Edict vom 21. Juni 1815 nicht gedacht ist, auf welche aber nach der Cabinetsordre vom 30. April 1817 doch dasselbe Anwendung finden soll, ist später an den Freiherrn v. Landsberg-Vehlen gekommen, welcher in den Grafenstand erhoben wurde (am 15. October 1840 und 12. Mai 1843). Aus der Reihe der ehemals reichsständischen Häuser ist auch Kaunitz-Rietberg fortgefallen.

Eine andere Stellung als die Mediatisirten nehmen diejenigen Adeligen ein, welche sich im Besitze von Standesherrschaften befinden, ohne selbst Mitglieder des früheren reichsrechtlichen hohen Adels gewesen zu sein, insbesondre auch solche, welche durch königliche Verleihung in den Fürsten- oder Grafenstand erhoben sind. Wenn schon im allgemeinen nach neuerem Rechte dieselben den Mediatisirten gleichgestellt sind, so fehlt ihnen doch jedenfalls das Recht der Ebenbürtigkeit mit den Souverainen. Als landständischer hoher Adel waren die schlesischen

---

schädigungsrenten, 9 in Westphalen, 3 in der Rheinprovinz, die Summe von 116,487 Thlr. 19 Sgr. 4 Pf. gezahlt worden. (Stenographische Berichte über die Verhandlungen der II. Kammer $18^{50}/_{51}$. Actenstücke Nr. 71, S. 530.)

345) S. Receß vom 28. Juni 1822 (Bekanntmachung der Regierung zu Coblenz vom 21. August 1822 im Amtsblatte S. 319). Desgl. vom 29. Mai, 13. November 1826 (Lottner, Sammlung der für die preußische Rheinprovinz ergangenen Gesetze Bd. III, S. 40) u. a.

346) S. Receß vom 28. September 1822 (Bekanntmachung der Regierung zu Coblenz vom 28. September 1822 im Amtsblatt S. 377).

347) Für Wied-Neuwied vom 25. April 1822, für Wied-Runkel vom 1. Februar 1823 (Bekanntmachung der Regierung zu Coblenz vom 19. April 1822 im Amtsblatt S. 172, und vom 23. Februar 1823 daselbst S. 94). Neuer Receß nach der Vereinigung beider (im Jahre 1824) vom Jahre 1826 (im Amtsblatt der Regierung zu Coblenz 1827 S. 165 flg.)

348) Receß vom 13. August 1822 in v. Kamptz Annalen der preußischen Staatsverwaltung Bd. VII (1823) S. 512 flg., im Amtsblatt der Regierung zu Magdeburg 1823 S. 140 flg.

Fürsten und Standesherren und die mit Virilstimmen begabten oder an Collectivstimmen betheiligten Fürsten, Grafen und Herren der acht Provinziallandtage [349]) zum Herrenstande des vereinigten Landtages gezogen [349a]); auf sie geht auch die Bestimmung des Art. 65 der Verfassungsurkunde, nach welcher der ersten Kammer die Häupter derjenigen Familien einverleibt werden, welchen durch königliche Verordnung das nach der Erstgeburt und Linealfolge zu vererbende Recht auf Sitz und Stimme in der ersten Kammer beigelegt wird.

Alle übrigen Personen von Adel gehören zum niederen Adel. Erworben wird derselbe durch Geburt aus einer Ehe, in welcher der Vater adlig ist, oder durch landesherrliche Verleihung [350]). Die besonderen Rechte des Adels bestehen in der Befugniß, deren Namen das Prädicat „von" oder einen sonstigen Titel (Baron, Freiherr u. s. w.) beizufügen und sich eines adligen Familienwappens zu bedienen [351]), sowie in der Theilnahme an solchen Fundationen, welche den Adel voraussetzen, wobei den Stiftungsbriefen gemäß zu verfahren ist, weshalb es auf den Nachweis des alten Adels und der vorgeschriebenen Ahnenzahl ankommen kann [352]). Der Adel ist auch Bedingung um Hofstellen zu bekleiden und Hofchargen in den Provinzen zu übernehmen, sowie des unterm 23. Mai 1812 errichteten St. Johanniterordens [353]) theilhaftig zu werden. Die durch die französische Regierung am linken Rheinufer abgeschafften Titel, Prädicate und Wappen des Adels wurden durch die Cabinetsordre vom 18. Januar 1826 wieder hergestellt [354]), ebenso durch die Verordnung vom 21. Januar 1837 [355]) die früher der

349) Vgl. Rauer, die ständische Gesetzgebung, Berlin 1845, Th. II, S. 45 f. über die schlesischen Standesherren, und an den betr. Stellen über die den ersten Stand bildenden Herren in den anderen Provinzen.

349a) Verordnung über die Bildung des vereinigten Landtages vom 3. Februar 1847 §. 2 (Gesetzsammlung S. 35). Vgl. noch unten bei der Darstellung der Verhältnisse der Provinzialstände.

350) v. Raumer, über das Recht der Kurfürsten von Brandenburg und Könige von Preußen, in den Adelstand zu erheben, in v. Ledebur, allgemeines Archiv für Geschichtskunde des preußischen Staates, Bd. V, H. III, Nr. VIII. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. IX, §. 2 f., §. 9 f.

351) Allgem. Landrecht a. a. O. §. 14—16. Vgl. Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 §. 12, Nr. 2, §. 22 (Gesetzsammlung d. J. S. 103, 105).

352) Allgem. Landrecht a. a. O. §. 21 f. Cabinetsordre vom 4. Septbr. 1830 über den Nachweis der Ahnen bei Familienstiftungen (in der Gesetzsammlung d. J. S. 129).

353) Die Urkunde über die Errichtung, in der Gesetzsammlung für 1812 S. 109 spricht dies zwar nicht ausdrücklich aus, doch beruht die Praxis auf der früher bestandenen Voraussetzung.

354) Gesetzsammlung d. J. S. 17.

355) Die Verordnung findet sich in der Gesetzsammlung für 1837 S. 7 flg. Sie stützt sich auf die Cabinetsordre vom 16. Januar und 29. December 1836 (in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XLVII, S. 399—402. Bd. XLVIII, S. 527). Zur Erläuterung dient das Rescript vom 4. Februar 1837 (a. a. O. Bd. XLIX, S. 292).

rheinischen Ritterschaft zugestandene autonomische Successionsbefugniß, vermöge welcher der Familienvater das Recht hat, insofern Verträge, Fideicommisse oder andere beschränkende Familienordnungen nicht entgegenstehen, mit Abweichung vom gemeinen oder Provinzialrechte, und besonders ohne durch einen Pflichttheil beschränkt zu sein, nach seinem freien Gutbefinden die Erbfolge unter seinen Kindern, oder wenn diese vor ihm verstorben sind, unter deren Kindern, ferner die Bevorzugung eines derselben vor den anderen u. s. w. und überhaupt alles, was auf die Erbfolge in seinem Nachlasse Bezug hat, festzusetzen und anzuordnen. Die hierbei entstandenen Streitigkeiten sollen mit gänzlichem Ausschlusse der ordentlichen Gerichtshöfe von einem ebenbürtigen Schiedsgerichte entschieden werden [356]). Für die westphälische Ritterschaft ist eine gleiche Berechtigung vorbereitet durch die Cabinetsordre vom 28. und 26. Februar 1837 [357]). Andere ältere Verschiedenheiten zwischen adligen und bürgerlichen Personen sind aufgehoben (s. oben Anm. 319 flg.), namentlich auch die Beschränkung des Adels wegen des Erwerbes nicht adliger Grundstücke und des Betriebes gewisser Gewerbe [358]), sowie wegen der Mißheurathen [359]).

Rittergutsbesitzer.

Der in Teutschland hergebrachte Unterschied adeliger, bürgerlicher, bäuerlicher Güter [360]), mit ihren eigenthümlichen Rechten, insbesondre den mannigfachen politischen und privatrechtlichen Privilegien der ersteren, bestand auch in Preußen, wurde durch die Verordnung Friedrich's II. vom 18. Februar 1775: „daß adelige Güter an Personen bürgerlichen Standes ohne Sr. königl. Majestät höchst eigenen Consens nicht verkauft, auch diese bürgerlichen Eigenthümer verschiedene Rechte

---

356) Vgl. noch die landesherrliche Bestätigung des Statutes (vom 28. Februar 1837) der Stiftung für die rheinische ritterbürtige Ritterschaft zum Besten der von der Succession in das Grundeigenthum ausgeschlossenen Söhne und Töchter vom 13. Mai 1837, in der Gesetzsammlung S. 77; das Statut selbst eben da S. 79 f

357) Die Cabinetsordre vom 28. Februar 1837 (v. Kamptz Jahrbücher Bd. XLIX, S. 155) giebt die Genehmigung für die Ritterschaft im Bezirk der Oberlandesgerichtes Münster, Hamm, Arnsberg und einen Theil von Paderborn, die Cabinetsordre vom 26. Februar 1837 (a. a. O. S. 159) ordnet für die Ritterschaft des Fürstenthums Minden und der Grafschaft Ravensberg noch nähere Verhandlungen an.

358) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. IX, §. 72—75. Edict vom 9. October 1807 §. 1, 6, 7 (s. oben Anm. 320). Allgem. Landrecht a. a. O. §. 76—79. Das citirte Edict §. 2. Rescript vom 20 Juli 1816 (v. Kamptz Jahrbücher Bd. VIII, S. 8).

359) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. IX, §. 8. Verb. Th. II, Tit. I, §. 30 flg. Rescript vom 7. April und 13. Juni 1810. (Mathis, juristische Monatsschrift Bd. IX, S. 413. v. Rabe, Sammlung Bd. X, S. 358) s. Anm. 374.

360) S. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht (5. Ausg.) §. 287 f.

in Ansehung dieser adeligen Güter nicht genießen sollen, die sonst adeligen Besitzern zukommen"[361]), aufrecht erhalten und ging auch in das allgemeine Landrecht mit über[362]). Das Edict vom 9. October 1807 declarirte aber[363]), daß der Bürger und Bauer zum Besitze nicht blos bürgerlicher, bäuerlicher und anderer unadeliger Güter, sondern auch adeliger Grundstücke berechtigt sei, ohne daß er dadurch einer besonderen Erlaubniß bedarf. Alle Vorzüge, welche bei Gütererbschaften der adelige vor den bürgerlichen Erben hatte, und die bisher durch den persönlichen Stand des Besitzers begründete Einschränkung und Suspension gewisser gutsherrlichen Rechte fallen gänzlich weg. Hiernach wird die „Ritterschaft durch den Besitz eines Rittergutes begründet, ohne Rücksicht auf die adelige Geburt des Besitzers", wie dies die wegen Anordnung der Provinzialstände für die einzelnen Provinzen des Staates ergangenen Gesetze ausdrücklich anerkennen[364]).

Den Rittergutsbesitzern und den ihnen provinziell gleichgestellten Besitzern größerer Landgüter[365]) gebührten bis zum Erlaß der Verfassungsurkunde verschiedene bürgerliche und staatsbürgerliche Vorrechte. Sie nahmen ein Ende mit der Einführung der Gemeinde-, Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung vom 11. März 1850[366]). Nachdem aber diese durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 wieder aufgehoben sind[367]), kommen die früheren Vorschriften, so weit sie mit den Bestimmungen der Verfassungsurkunde nicht im Widerspruche stehen, auf's Neue zur Anwendung. Die Rechte der größeren Rittergutsbesitzer sind die Fähigkeit, auf den Kreistagen zu erscheinen und bei den daselbst stattfindenden Verhandlungen das Stimmrecht zu üben, insbesondre bei den Wahlen der Landräthe und Kreisdeputirten, sowie zu den Provinziallandtagen, für welche sie selbst im ersten oder zweiten Stande wählbar sind[368]). Die sonstigen Vorrechte der Gerichtsbarkeit sind aufgehoben, die des Patronats auch anderen zugänglich[369]).

Was übrigens das Factische betrifft, so sind die älteren Gesetze und Verordnungen über die Kreis- und Provinzialverfassungen noch nicht

---

361) Nov. C. C. Tom. V. e S. 47.

362) Th. II, Tit. IX, §. 51—71.

363) §. 1 (Nov. C. C. Tom. XII. S. 251).

364) M. s. z. B. für die Provinz Preußen, Brandenburg u. s. w. Gesetz vom 1. Juli 1823 §. 7 (Gesetzsammlung S. 130, 138 u. a.)

365) Vgl. unten bei der Darstellung der ständischen Verfassung Anm. 490 f.

366) Gesetzsammlung S. 213 f., 251 f.

367) Gesetzsammlung S. 238.

368) Zum ersten Stande in Preußen, der Mark Brandenburg und Niederlausitz, Pommern, Rügen, Posen, zum zweiten in den übrigen Landestheilen s. noch unten Anm. 488 flg.

369) Gesetz vom 8. Mai 1837 über die persönliche Fähigkeit zur Ausübung der Rechte der Standschaft, der Gerichtsbarkeit und des Patronats, in der Gesetzsammlung S. 99.

völlig verdrängt gewesen, da die neue Ordnung noch nicht durchgeführt war.

Der Bürgerstand[370]).

Das allgemeine Landrecht rechnet zum Bürgerstande, d. h. zu den Einwohnern des Staates, welche weder zum Adel noch zum Bauernstande gehören, Bürger im eigentlichen Sinne, welche in einer Stadt wohnen und das Bürgerrecht gewonnen haben, Eximirte, welche, es sei in oder außer einer Stadt, durch Aemter, Würden oder Privilegien, von der Gerichtsbarkeit ihres Wohnortes befreit sind, und Schutzverwandte[371]). Die Städteordnung vom 19. November 1808[372]) unterscheidet nur zwei Classen, Bürger, welche das Bürgerrecht erlangt haben und Schutzverwandte, bei denen dies nicht der Fall ist[373]).

Der ältere Unterschied zwischen Groß- und Kleinbürgern und jede ähnliche Abtheilung der Bürger in mehrere Ordnungen wurde zugleich aufgehoben[374]). Die revidirte Städteordnung vom 17. März 1831[375]) bleibt dabei stehen[376]), nimmt aber auch ein Ehrenbürgerrecht an[377]), welches von den Stadtbehörden ausgezeichneten Männern ertheilt wird, die sich um den Staat oder die Stadt verdient gemacht haben, ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz und ohne städtische Verpflichtungen aufzuerlegen. Der Unterschied zwischen Bürger und Schutzverwandten zog eine Verschiedenheit von Rechten und Pflichten nach sich[378]), welche die Gemeindeordnung vom 11. März 1850[378a]) §. 2 und 3 indessen aufhob, und die auch die Städteordnung vom 30. Mai 1853[379]) nicht wieder hergestellt hat. Hiernach sind alle Einwoh-

---

370) Vgl. v. Rönne und Simon, die Gemeindeverfassung des preußischen Staates. Abtheilung I. Breslau 1843. 8. Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, zum Allgem. Landrecht Theil II, Tit. VIII, Abschnitt I.

371) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, §. 1 flg.

372) Nov. C. C. Tom. XII. S. 471 f. und in vielen Separatabdrücken (s. auch Anm. 370).

373) Der Grund, daß die früheren Eximirten und die Schutzverwandten nur Eine Classe bildeten, lag in der Aufhebung der städtischen eigenen Gerichtsbarkeit.

374) Städteordnung §. 16. Damit fällt auch eigentlich schon der im Allgem. Landrecht Th. II, Tit. I, §. 31 bei Gelegenheit der Ehen zwischen Bürgerlichen und Adeligen aufgestellte Unterschied des höheren und niederen Bürgerstandes (s. Anm. 359).

375) Gesetzsammlung d. J. S. 9 flg.

376) §. 11 flg., §. 24 flg. a. a. O.

377) §. 18 a. a. O.

378) Ueber diese Verschiedenheit, wie über die der Städteordnung von 1808 und 1831 überhaupt s. m. v. Savigny, die preußische Städteordnung, in den vermischten Schriften, Bd. V (Berlin 1850), Nr. LIV, S. 183 flg.

378a) Gesetzsammlung d. J. S. 213 flg.

379) Gesetzsammlung d. J. S. 261 flg.

ner des Stadtbezirkes, d. h. die, welche in dem Stadtbezirke nach den Bestimmungen der Gesetze ihren Wohnsitz haben, zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten der Stadt berechtigt und zur Theilnahme an den städtischen Gemeindelasten verpflichtet (§. 3, 4). Das Bürgerrecht besteht in dem Rechte zur Theilnahme an den Wahlen, sowie in der Befähigung zur Uebernahme unbesoldeter Aemter in der Gemeindeverwaltung und zur Gemeindevertretung. Jeder selbstständige Preuße erwirbt dasselbe, wenn er seit einem Jahre 1) Einwohner des Stadtbezirkes ist und zur Stadtgemeinde gehört (was bei den servisberechtigten Militärpersonen des activen Dienststandes nicht der Fall ist), 2) keine Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln empfangen, 3) die ihn betreffenden Gemeindeabgaben bezahlt hat und außerdem 4) entweder a) ein Wohnhaus im Stadtbezirke besitzt, oder b) ein stehendes Gewerbe als Haupterwerbsquelle und in Städten von mehr als 10,000 Einwohnern mit wenigstens zwei Gehilfen selbstständig betreibt, oder c) zur classificirten Einkommensteuer veranlagt ist, oder d) an Classensteuer einen Jahresbetrag von mindestens 4 Thalern entrichtet. — Als selbstständig wird nach vollendetem 24. Lebensjahre ein Jeder betrachtet, der einen eigenen Hausstand hat, sofern ihm nicht das Verfügungsrecht über sein Vermögen oder dessen Verwaltung durch richterliches Erkenntniß entzogen ist (§. 5). Erwerb, resp. Ausübung des Bürgerrechtes hängt vom Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte ab. Wer in Concurs fällt, verliert das Bürgerrecht (§. 7). Das Ehrenbürgerrecht ist wieder anerkannt (§. 6).

Obschon im allgemeinen eine Gleichstellung der Einwohner in den Städten anerkannt und der Unterschied des höheren und niederen Bürgerstandes (s. Anm. 359, 374) geschwunden ist, so bleibt doch die Verschiedenheit der Berufsarten für die rechtliche Stellung der Städter nicht ohne Einfluß. Was zunächst die verschiedenen Gewerbtreibenden betrifft, so haben die früheren gesetzlichen Bestimmungen über Handwerker und Kaufleute [380]) wesentliche Veränderungen durch die Einführung der Gewerbefreiheit, die Concessionirung des Gewerbebetriebes durch den Staat und die Umgestaltung des Zunftwesens erfahren. Den ersten Anlaß gab §. 2 des Edictes vom 9. October 1807 durch Gestattung der freien Wahl des Gewerbes, die weitere Durchführung folgte nach dem Edicte über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer vom 2. November 1810, an dessen Stelle das Gesetz vom 30. Mai 1820 getreten, und dem zu jenem gehörigen vom 7. Sept. 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe, sowie den vielen

---

380) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, Abschn. III, §. 179 f. von Handwerkern und Zünften, Abschn. IV, §. 401 f. von Künstlern und Fabrikanten, Abschn. V, §. 424 f. von Brauern, Gastwirthen, Garköchen und Anderen, welche mit dem Verkaufe zubereiteter Speisen und Getränke ein Gewerbe treiben, Abschnitt VI, §. 456 f. von Apothekern, Abschn. VII, §. 475 f. von Kaufleuten.

darüber ergangenen späteren Vorschriften[381]). Das jetzt bestehende Verhältniß beruht auf der allgemeinen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 nebst dem dazu gehörigen Entschädigungsgesetze[382]), auf der Verordnung, betreffend die Errichtung von Gewerberäthen und verschiedene Abänderungen der allgemeinen Gewerbeordnung vom 9. Februar 1849[383]). Die hierbei in Betracht kommenden Innungsverhältnisse sind weiter unten zu berühren, im allgemeinen ist aber auch jetzt noch der Unterschied der Handeltreibenden mit kaufmännischen Rechten und ohne solche, der steuerpflichtigen Handwerker mit mehreren Gehilfen, der steuerfreien Handwerker, und der einzelnen Gewerbe, deren Betrieb vom Nachweise der besonderen Befähigung abhängt, von besonderer Wichtigkeit[384]).

Der Bauernstand[385]).

Nach dem allgemeinen Landrechte begreift der Bauernstand alle Bewohner des platten Landes, welche sich mit dem unmittelbaren Betriebe des Ackerbaues und der Landwirthschaft beschäftigen, insofern sie nicht durch adelige Geburt, Amt oder besondere Rechte von diesem Stande ausgenommen sind. Es gehören dazu theils persönlich freie Dorfeinwohner, theils unterthänige Landbewohner, welche aber, außer der Beziehung auf das Gut, zu welchem sie geschlagen sind, in ihren Geschäften und Verhandlungen als freie Bürger des Staates angesehen werden und Eigenthümer, Erb- oder Zeitpächter sind. Wenn freie Personen des gemeinen Bürger- und Bauernstandes sich in einem Dorfe niederlassen, ohne weder ein unterthäniges Gut zu übernehmen, noch sich zur persönlichen Unterthänigkeit zu verpflichten, so werden sie Schutzunterthanen oder Einlieger, die sich als Tagelöhner oder Handwerker nähren[386]). Durch die Gesetzgebung seit 1807 sind die Verhältnisse der Landleute geändert. Jede Art von Unterthänigkeit ist aufgehoben[387]) und es giebt daher nur noch freie Bauern,

---

381) Vgl. die Ergänzungen und Erläuterungen zu den in der vorigen Anm. cit. Stellen des Landrechtes.

382) Gesetzsammlung d. J. S. 41 f., 78 f. S. Risch, die allgemeine Gewerbeordnung und deren practische Ausführung. Berlin 1846.

383) Gesetzsammlung d. J. S. 93 f.

384) Vgl. Schubert, Handbuch der Staatskunde des preuß. Staates Bd. I, S. 526 f. Dieterici, Mittheilungen des statistischen Bureaus in Berlin Jahrgang 1848, S. 68 f. 1849 S. 1 f. 1851 S. 252 f. 1852 S. 212 f.

385) Vgl. Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, zum Allgem. Landrecht Theil II, Tit. VII, §. 1 flg.

386) S. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VII, §. 1, 88, 89, 113 f., 147, 246, 298.

387) Die Bestimmungen des Edictes vom 9. October 1807 §. 10—12 kamen auch in den später erworbenen Provinzen zur Anwendung, insbesondre noch durch die Verordnung vom 18. Januar 1819 (Gesetzsammlung S. 21 f.) in dem Cottbusser Kreise, in den beiden Lausitzen und in den übrigen vormaligen königl. sächsischen Landestheilen.

deren beschränktes Besitzthum nach und nach in freies Eigenthum verwandelt wurde. An die schon oben (Anm. 320 flg.) angeführten Bestimmungen schloß sich die einflußreiche Verordnung vom 7. Juni 1821 über die Gemeinheitstheilungen und die reiche Agrargesetzgebung überhaupt[388]). Es lassen sich gegenwärtig, obschon mit provinziellen Verschiedenheiten, von einander unterscheiden[389]) selbstständige Landwirthe, die den Ackerbau als Hauptgewerbe betreiben, Vollbauern, Ganzbauern, Voll- (Vier-)spänner u. s. w., und ländliche Arbeiter, nämlich Dienstleute und Feldgesinde, d. h. herrschaftliche Tagelöhner, Instleute, Gärtner, Gutsarbeiter, Drescher; Häusler und Colonisten, Käthner, Kötter[390]), Kossäthen, Freihäusler, Büdner, Robotgärtner[391]), Dreschgärtner; Einlieger und Heuerlinge, freie Tagelöhner, häufig zugleich Gewerbtreibende, Handwerker[392]).

Auch nach seiner Befreiung blieb der Bauernstand doch hie und da noch einzelnen Lasten und Abgaben unterworfen, wie namentlich dem Schutzgelde[393]). Dieses ist durch die Cabinetsordre vom 31. Mai 1848[394]), und dann durch die Verfassungsurkunde Art. 42 jede aus der

---

388) Vgl. Dantz, die agrarischen Gesetze des preußischen Staates, Leipzig 1836—1840. 5 Bde. 8. Koch, die Agrargesetze des preußischen Staates nebst Ergänzungen und Erläuterungen, 3. Aufl. Breslau 1843, nebst Ergänzungen Breslau 1846. 8. Dönniges, die Landculturgesetzgebung Preußens, Berlin 1843—1847. 3 Bde. 4. Lette und v. Rönne, die Landesculturgesetzgebung des preußischen Staates. Berlin 1853. 8.

389) M. s. darüber besonders v. Lengerke, Beiträge zur landwirthschaftlichen Statistik des preuß. Staates, Berlin 1847 8., Bd. II. Desselben: die ländliche Arbeiterfrage, Berlin 1849. Dieterici, Mittheilungen des statistischen Bureaus in Berlin 1852 S. 270 flg.

390) Die Unterschiede fließen bisweilen ineinander. So sind z. B. im Regierungsbezirke Münster die Kötter dienende Häusler, Arbeiter, welche in einem auf einem Bauerncolonate befindlichen, mit 8—10 Morgen Acker verbundenen Heuerhause (Kotten) sitzen, dafür eine Pacht von 15—20 Thaler zahlen, außerdem aber verpflichtet sind, dem Bauer, so oft er es fordert, mit seiner Frau zu einem ermäßigten Tagelohn Dienste zu leisten (Dieterici a. a. O. S. 307).

391) So heißen sie im Kreise Ratibor. Sie haben Haus und Land, welches des Gutsherrn Eigenthum ist und zerfallen in 2 Classen, nämlich: 1) in erbliche, aber uneigenthümliche; 2) in solche, welche nur auf Zeit gegen Kündigung angenommen sind (Dieterici a. a. O. S. 297).

392) Im Kreise Münster zerfallen sie in: 1) Hollandsgänger auf 6 Wochen zum Grasmähen, oder auf 8 Wochen zum Torfstechen; 2) in Handarbeiter, die den Bauern in der Ernte arbeiten helfen und dabei Weber, Schneider, Schuhmacher, Zimmerleute, Stellmacher, Maurer sind; 3) in solche, die in der Bauerschaft ihre Arbeit suchen, und aus Mangel an Kräften und Neigung nicht nach Holland gehen (Dieterici a. a. O. S. 308).

393) Publicandum vom 8. April 1809 betreffend die Auflösung der persönlichen Erbunterthänigkeit in der Provinz Schlesien und der Grafschaft Glatz (in N. C. C. T. XII. Fol. 817); Verordnung vom 24. October 1810 (a. a. O. Fol. 1078); Verordnung vom 18. Januar 1819 (Gesetzsammlung S. 23).

394) Im preuß. Staatsanzeiger 1848 Nr. 34, verb. die Verhandlungen in der Allgem. Preuß. Zeitung 1847 Nr. 144, Beilage I.

Schutzherrlichkeit, der früheren Erbunterthänigkeit u. s. w. herstammende Verpflichtung ohne Entschädigung aufgehoben.

Der Beamtenstand[395]).

Die Staatsbeamten sind Militär- und Civilbeamte[396]). Zu den letzteren gehören auch die Lehrer an höheren und niederen Schulen[397]), nicht aber die Geistlichen als solche. Nach früherem Rechte erscheinen die Geistlichen der öffentlich recipirten Kirche als Diener der Kirche und des Staates[398]), seit der Auseinandersetzung von Staat und Kirche, gemäß Art. 15 der Verfassungsurkunde, „die Kirche ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig", tritt der kirchliche Charakter der Geistlichen reiner hervor, weshalb auch der Amtseid derselben geändert ist, indem von den Worten „so wie es einem Diener der christlichen Kirche und des Staates geziemt" die letzteren fortgefallen sind[399]), auch nach Art. 18 der Verfassungsurkunde das Ernennungs-, Vorschlags-, Wahl- und Bestätigungsrecht bei Besetzung kirchlicher Stellen, soweit es dem Staate zusteht und nicht auf dem Patronat und besonderen Rechtstiteln beruht, aufgehoben ist. Eine Ausnahme machen nur die Geistlichen beim Militär und an öffentlichen Anstalten.

Die Verfassungsurkunde bestimmt im Art. 4: „die öffentlichen Aemter sind, unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen, für alle dazu Befähigten gleich zugänglich". Diese gesetzlichen Bedingungen sind, entsprechend der Besonderheit des Amtes, verschieden. Für das Militär[400]) sind maßgebend das Reglement vom 6. August 1808 wegen Besetzung der Stellen der Portepée-Fähnriche und Officiere[401]), Bestimmung vom 17. December 1836[402]), Cabinetsordre vom 30. December 1841[403]) u. a. Für die Beamten der Administration[404]) entscheidet, nach Aufhebung der früheren

395) Perthes, über den Staatsdienst in Preußen, Hamburg 1838. 8. Simon, Staatsrecht Bd. I, S. 167 f.

396) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. X, §. 1, 68, 69.

397) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XII, §. 65.

398) S. die Nachweisungen bei Laspeyres, Geschichte und heutige Verfassung der katholischen Kirche Preußens, Halle 1840 8., Bd. I, S. 504 f.

399) Cabinetsordre vom 8. April 1850, in den Actenstücken aus der Verwaltung der Abtheilung des Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten für die inneren evangelischen Kirchensachen, Berlin 1850, S. 55.

400) Vgl. Friccius, preußische Militairgesetzgebung, enthaltend bis zum Jahre 1835 die bestehenden Gesetze, Verordnungen und allgemeinen Verfügungen, welche sich auf militairische Rechtspflege beziehen, Berlin 1836. 4. Dazu sind jährliche Nachträge erschienen.

401) N. C. C. Tom. XII. Fol. 403. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. VI, S. 415. v. Rabe, Sammlung Bd. IX, S. 271.

402) v. Kamptz, Annalen 1837 S. 561.

403) Ministerialblatt für die innere Verwaltung, 1841 S. 357.

404) Wegen des Civilstaatsdienstes überhaupt s. m. die Cit. bei Simon a. a. O. I, 291 f.

Verordnungen und Instructionen, das Regulativ über die Befähigung zu den höheren Aemtern der Verwaltung vom 14., nebst der Cabinetsordre vom 27. Februar 1846[405]); für die **Beamten der Rechtspflege** sind die älteren Bestimmungen der allgemeinen Gerichtsordnung Th. III, Tit. IV u. V durch mehrere neuere Verfügungen modificirt worden, insbesondre die Cabinetsordre vom 14. und das Circular vom 22. Juni 1847, Cabinetsordre vom 25. August 1848, Circular vom 31. März, Regulativ vom 10. December 1849[406]) u. a.; für die Staatsprüfungen der **Medicinalpersonen** gilt das Reglement vom 1. December 1825 nebst dessen Ergänzungen[406a]). Wegen der **Lehrer** bestimmt die Verfassungsurkunde Art. 22: „Unterricht zu ertheilen und Unterrichtsanstalten zu gründen und zu leiten steht Jedem frei, wenn er seine sittliche, wissenschaftliche und technische Befähigung den betreffenden Staatsbehörden nachgewiesen hat". Außer verschiedenen provinziellen Vorschriften kommen vornämlich in Betracht, das Edict vom 12. Juli 1810, betreffend die Prüfung der Schulamtscandidaten und die zu Schullehrern vorzuschlagenden Subjecte[407]), und auf dessen Grundlage das Reglement für die Prüfungen der Candidaten des höheren Schulamtes vom 20. April 1831 nebst Ergänzungen[408]), das Circular vom 29. März 1827 über die Prüfung studirter Lehrer für Bürgerschulen[409]) u. a., für Landschullehrer, Privatlehrer besondere Regierungserlasse[410]).

Alle Beamte des Staates werden durch Amtseide verpflichtet[411]), welche in Folge der Verfassungsurkunde Art. 108 und 114 auf die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung mit ausgedehnt sind[412]); eine

---

405) Gesetzsammlung S. 199 f.

406) Justizministerialblatt 1847 S. 183 f. 1848 S. 297. 1849 S. 491 flg. Vgl. überhaupt **Schering**, Zusammenstellung der bestehenden Vorschriften über die Prüfung und Beschäftigung der Auscultatoren, Referendarien und Assessoren bei den Gerichten, desgleichen über die Anstellung der richterlichen Beamten, der Staatsanwalte und Notarien. Berlin 1851. 8.

406a) Das Reglement in v. **Kamptz** Annalen Bd. X, S. 179. Vgl. überhaupt v. **Rönne** und **Simon**, das Medizinalwesen des preuß. Staates. Breslau 1846. 2 Bde. 8.

407) N. C. C. Tom. XII. Fol. 1047. **Mathis** a. a. O. Bd. IX, S. 235. v. **Rabe** a. a. O. Bd. X, S. 378.

408) v. **Kamptz**, Annalen 1831 S. 311—340.

409) v. **Kamptz** a. a. O. 1827 S. 109 f.

410) S. z. B. Verordnung der Regierung zu Frankfurt, die Beaufsichtigung der Privatlehrer betreffend vom 24. October 1829 (v. **Kamptz** a. a. O. 1829 S. 832 f.). Instruction für die Landschullehrer des Regierungsbezirkes Gumbinnen v. 8. Nov. 1829 (a. a. O. S. 835 flg.) u. a. m. S. überhaupt Repertorium der wichtigsten Gesetze, Ministerial- und Regierungsrescripte u. s. w. über das Schulwesen in den königlich preußischen Staaten. Breslau und Neisse 1844. 8.

411) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. X, §. 68. Cabinetsordre vom 5. November 1833 (Gesetzsammlung S. 291).

412) Beschluß des Staatsministeriums vom 12. Februar 1850, nebst dem

Vereidigung des Heeres auf die Verfassung findet nicht statt [413]. Die Wirksamkeit des Beamten wird aber schon durch die Uebernahme des Amtes auch vor Ableistung des Amtseides eine vollständige [414], welcher auch die von den betreffenden Beamten zu leistende Amtscaution vorhergehen muß [415]. Im allgemeinen sind die Staatsbeamten verpflichtet, durch keine fremdartige Beschäftigung und Nebenämter sich ihrem eigentlichen Berufe zu entziehen. Um dergleichen übernehmen zu dürfen, ist der Consens der Oberen einzuholen [416].

Alle Preußen sind wehrpflichtig. Diesen Grundsatz des Art. 34 der Verfassungsurkunde spricht, nach Aufhebung der bisherigen Exemtion von der Kantonpflichtigkeit für die Dauer des Krieges [417], bereits das Gesetz vom 3. September 1814 aus, betreffend die allgemeine Verpflichtung zum Kriegsdienste [418]. Befreit blieben nur die reichsständischen Familien [419], sowie die Mennoniten [420]. Das Heer wird zusammengesetzt aus den stehenden Truppen, der Landwehr des ersten und zweiten Aufgebotes und dem Landsturme (Verfassungsurkunde Art. 35), deren Verhältnisse durch besondere Gesetze geregelt sind, namentlich die Verordnungen wegen Errichtung des Landsturmes vom 21. April 1813 [421], die Verordnung über die Organisation der Landwehr vom 17. März 1813 [422], die Landwehrordnung vom 21. November 1815 [423], die Kriegsartikel vom 9. December 1852 [424], das Strafgesetzbuch für

---

Circulare des Justizministers vom 13. Februar 1850, im Justizministerialblatte S. 42.

413) Vgl. die Verhandlungen über Art. 107 der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 in der Sitzung der II. Kammer vom 30. October 1849 (S. 815 flg.), der I. Kammer vom 3. November 1849 (S. 1329 f.).

414) Cabinetsordre vom 11. August 1832 (Gesetzsammlung d. J. S. 204).

415) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. X, §. 83. Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher dazu Bd. V, S. 363 f.

416) Cabinetsordre vom 13. Juli 1839 (Gesetzsammlung S. 235). Cabinetsordre vom 20. November 1840 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1841 S. 2).

417) Verordnung vom 9. Februar 1813 in der Gesetzsammlung d. J. S. 13.

418) Gesetzsammlung d. J. S. 79 flg.

419) Ob sie es noch sind? S. Anm. 340.

420) Vgl. Patent vom 29. März 1780 (v. Rabe, Sammlung Bd. XIII, S. 145). Edict vom 30. Juli 1789 (Nov. C. C. Tom. VIII. Fol. 2541). Cabinetsordre vom 11. September 1819 und 16. Mai 1830 (Gesetzsammlung 1830 S. 82). Erlaß des Ministeriums des Innern vom 11. Juni 1852 (Staatsanzeiger 1852 S. 1326).

421) Gesetzsammlung d. J. S. 25 f. Verb. Verordnung vom 17. Juli 1813 (daselbst S. 89 flg.), vom 15. Mai 1815 (a. a. O. S. 49 f.)

422) Gesetzsammlung S. 36, 109 f. Verb. Cabinetsordre vom 31. März 1813, daselbst S. 58.

423) Gesetzsammlung für 1816 S. 77 f. Verb. Instruction für die Landwehrinspecteurs vom 10. December 1816 und spätere Ergänzungen, in den Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher Bd. V, S. 301 flg.

424) Sie sind bekannt gemacht durch den Kriegsminister am 26. Januar

das preußische Heer vom 3. April 1845[425]) nebst den späteren Modificationen desselben[426]), worin zugleich die Bestimmungen über die Militärdisciplin enthalten sind. Der Militärgerichtsstand des Heeres beschränkt sich auf Strafsachen (Verfassungsurkunde Art. 37). Eigene Vorschriften bestehen auch für die einjährigen Freiwilligen (die Instruction vom 19. Mai 1816, 21. Januar 1822, 21. März 1843 u. a.)[427]), sowie über die Aushebung der nicht freiwillig in das Heer Eintretenden (die Instruction vom 30. Juni 1817, 13. April 1825 u. a.)[428]). Die preußische Armee ist für den Friedenszustand in 8 Armeecorps und das Gardecorps eingetheilt. Während das letztere hauptsächlich zur Besetzung von Berlin, Potsdam und der Festung Spandau bestimmt ist und sich aus den Militärpflichtigen sämmtlicher Provinzen ergänzt, ist jedem der übrigen Armeecorps eine besondere Provinz zur Ergänzung der activen Truppentheile zugewiesen. Jedes Armeecorps besteht aus zwei Divisionen und zwei Brigaden; zu jeder Division und Brigade gehören zwei Linien-Infanterie-, zwei Linien-Cavallerie-, zwei Landwehr-Regimenter (wovon in Friedenszeiten nur Cadres stehend sind) und eine Invaliden-Compagnie. Außerdem gehören zu jedem Armeecorps ein Reserve-Infanterie-Regiment, ein combinirtes Reserve-Bataillon, ein Jäger-Bataillon ein Artillerie-Regiment, eine Pionir-Abtheilung, ein dem Reserve-Infanterie-Regimente attachirtes Landwehr-Bataillon[429]). Dem Militär ähnlich organisirt ist die Gensd'armerie[430]) und die Telegraphie[431]). Die erstere übt hauptsächlich die

1853 (Preuß. Staatsanzeiger 1853 Nr. 44) und an die Stelle der Kriegsartikel vom 27. Juni 1844 getreten (Gesetzsammlung S. 275 f.).

425) Gesetzsammlung S. 287 flg.

426) Bei Friccius (Anm. 400 cit.) 1845 flg. Ergänzungen der preuß. Rechtsbücher Bd. VI Anhang. Das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 §. 5 (Gesetzsammlung S. 102) erklärt: „Auf preußische Militairpersonen finden die allgemeinen Strafgesetze insoweit Anwendung, als nicht die Militairgesetze ein Anderes bestimmen".

427) v. Kamptz Annalen Bd. IX, S. 1027 f. Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 135 f. des Jahres 1843, überhaupt Ergänzungen der preuß. Rechtsbücher Bd. V, S. 245 f.

428) v. Kamptz Annalen Bd. I, S. 285. Bd. IX, S. 485 flg.

429) M. vgl. überhaupt die jährlich erscheinende: Rang- und Quartierliste der königl. preuß. Armee (Redaction der königl. Geheimen Kriegskanzlei), Berlin, und insbesondre über das Statistische: Dieterici, Mittheilungen des statistischen Bureaus in Berlin, 1848, S. 52 flg. (Statistische Uebersicht des preuß. Heerwesens in verschiedenen Zeiträumen), 1850, S. 260 f. (Uebersicht des gesammten Heeres am Ende des Jahres 1849.)

430) S. Edict vom 30. Juli 1812 wegen Errichtung der Gensd'armerie (Gesetzsammlung S. 141 f.). Verordnung vom 30. December 1820 wegen anderweitiger Organisation derselben, nebst Dienstinstruction für dieselbe (Gesetzsammlung für 1821 S. 1 f., 10 f.) u. a. m. S. v. Kamptz, allgemeiner Codex der Gensd'armerie. Berlin 1815.

431) Cabinetsordre vom 28. October 1837, die Verhältnisse des Telegraphencorps betreffend, in der Gesetzsammlung d. J. S. 158 u. a.

Polizei auf dem platten Lande des ganzen Staates aus und ist in Stationen von 1, 2 oder mehreren Gensd'armen in großer Anzahl über das ganze Land verbreitet.

An Stelle des Landsturmes hatte die (nicht revidirte) Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 33 als Bestandtheil der bewaffneten Macht die Bürgerwehr genannt, deren Bildung und Befugnisse die Verordnung vom 19. April 1848 bestimmt hatte[432]). Das Gesetz über die Errichtung der Bürgerwehr vom 17. October 1848, nebst der Verordnung zur Ausführung desselben[433]), durch Art. 35 der Verfassungsurkunde anerkannt, wurde durch das Gesetz vom 24. October 1849, betreffend die Aussetzung der Errichtung und Umformung der Bürgerwehr[434]), suspendirt. An die Stelle des Art. 35 erhielt Art. 105 Nr. 3 der revidirten Verfassung die Festsetzung: Zur Aufrechthaltung der Ordnung kann nach näherer Bestimmung des Gesetzes durch Gemeindebeschluß eine Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr errichtet werden. Durch Gesetz vom 11. März 1850 §. 7 ist diese Errichtung den Bezirksregierungen übertragen[435]).

Auf das Heer finden, nach Art. 39 der Verfassungsurkunde, die in den Artikeln 5, 6 (Freiheit der Person und Wohnung), Art. 29, 30, 32 (Versammlungs- und Petitionsrecht) enthaltenen Bestimmungen nur insoweit Anwendung, als die militärischen Gesetze und Disciplinarvorschriften nicht entgegenstehen. Besondere Rechte der Militärs sind außerdem die Befreiung von verschiedenen Lasten, namentlich für die Unterofficiere und gemeinen Soldaten überhaupt, und die Officiere und Militärbeamten während der Mobilmachung von der Classensteuer[436]), sowie von directen Gemeindeabgaben und Lasten, insofern sie nicht auf den Grundbesitz und stehende Gewerbe gelegt sind[437]) u. a. m.[438]); desgleichen steht ihnen ein Anspruch auf Pensionen, Gnadengelder und Civilversorgung zu[439]).

Bei den Civilstaatsdienern ist vorzüglich der Unterschied der richterlichen und nicht richterlichen Beamten von Bedeutung. Die Verfassungsurkunde bestimmt Art. 87: „die Richter werden vom Könige oder in dessen Namen auf ihre Lebenszeit ernannt. Sie können nur durch Richterspruch aus Gründen, welche die Gesetze vorgesehen haben, ihres Amtes entsetzt oder zeitweise enthoben werden.

---

432) Gesetzsammlung d. J. S. 111.

433) Gesetzsammlung d. J. S. 289 f., 310 f.

434) Gesetzsammlung d. J. S. 402.

435) Gesetzsammlung d. J. S. 200.

436) Gesetz vom 1. Mai 1851, betreffend die Einführung einer Classen- und classifizirten Einkommensteuer §. 6 b. c. (Gesetzsammlung S. 195).

437) Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 4 (Gesetzsammlung S. 291).

438) Vgl. Ergänzungen zum Allgem. Landrecht Th. II, Tit. X, §. 17 flg.

439) S. das Militärpensionsreglement vom 13. Juni 1825 und viele andere Erlasse in den cit. Ergänzungen Bd. V, S. 326 flg.

Die vorläufige Amtssuspension, welche nicht kraft des Gesetzes eintritt, und die unfreiwillige Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand können nur aus den Ursachen und unter den Formen, welche im Gesetze angegeben sind, und nur auf Grund eines richterlichen Beschlusses, erfolgen. Auf die Versetzungen, welche durch Veränderungen in der Organisation der Gerichte oder ihres Bezirkes nöthig werden, finden diese Bestimmungen keine Anwendung." Dagegen heißt es in Art. 98: „die besonderen Rechtsverhältnisse der nicht zum Richterstande gehörigen Staatsbeamten, einschließlich der Staatsanwälte, sollen durch ein Gesetz geregelt werden, welches, ohne die Regierung in der Wahl der ausführenden Organe zweckwidrig zu beschränken, den Staatsbeamten gegen willkürliche Entziehung von Amt und Einkommen angemessenen Schutz gewährt." — Ein allgemeines Staatsdienergesetz, zur Ausführung dieser Festsetzungen, ist nicht ergangen, doch ersetzen dasselbe zum Theil bereits die ältere Gesetzgebung, zum Theil die seit Emanation der Verfassungsurkunde dahin gehörigen Erlasse, namentlich das Gesetz vom 7. Mai 1851, betreffend die Dienstvergehen der Richter und die unfreiwillige Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand[440]), das Gesetz vom 21. Juli 1852, betreffend die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten u. s. w.[441]). Dazu kommen noch die besonderen Bestimmungen über den Rang[442]), die Amtstracht[443]), die Befreiung von persönlichen Abgaben und Lasten[444]), das beneficium competentiae[445]) u. a. m.

Die ständische Verfassung.

Wie in Teutschland überhaupt, so entwickelten sich auch in den einzelnen Bestandtheilen des preußischen Staates seit dem vierzehnten Jahrhunderte Vereinigungen der Stände, um über Beden, Abgaben-

---

440) Gesetzsammlung S. 218 flg. Dieses Gesetz ist das revidirte, statt der Verordnung vom 10. Juli 1849 (Gesetzsammlung S. 253 f.), welche die durch §. 3 der Verordnung vom 6. April 1848 (Gesetzsammlung S. 87) aufgehobene Verordnung vom 29. März 1844, über das gerichtliche und Disciplinar-Strafverfahren gegen Beamte, sowie das bei Pensionirungen zu befolgende Verfahren (Gesetzsammlung S. 77 f., 90 f.), zu ersetzen bestimmt war.

441) Gesetzsammlung S. 465 flg., statt der Verordnung vom 11. Juli 1849 (Gesetzsammlung S. 271 flg.).

442) Vgl. Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher Bd. V, S. 370 f.

443) A. a. O. S. 376 flg.

444) Gesetz vom 30. Mai 1820 §. 2 (Gesetzsammlung S. 140). Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 4 a. E. (Gesetzsammlung S. 261) und die daselbst in Bezug genommenen Vorschriften des Gesetzes vom 11. Juli 1822 (Gesetzsammlung S. 184), und der Cabinetsordre vom 14. Mai 1832 (Gesetzsammlung S. 145); desgleichen Städteordnung §. 52 a. E. (Befreiung vom Einzugs- und Hausstandsgelde).

445) Anhang zur Allgem. Gerichtsordnung §. 156, 157, 160 flg. Vgl. Ergänzungen a. a. O. S. 488 f.

veränderungen, Landesdefensionen und ähnliche Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen. Nähere Nachrichten darüber geben im allgemeinen: Unger, Geschichte der teutschen Landstände, Hannover 1844, 2 Bde. 8., u. Bd. VI, S. 791 flg. d. Werkes im besonderen, außer der oben bei der Uebersicht der Provinzialgesetzgebung nachgewiesenen Literatur, für

die Provinz Preußen: Joh. Voigt, Darstellung der ständischen Verhältnisse Ostpreußens, Königsberg 1832 8. Urkundliches zur Geschichte und Verfassung der Provinz Preußen, Berlin 1841 8. Lengnich, ius publicum Prussiae Polonae, Gedani 1758 8. Konopacki, die Verfassung Westpreußens zur Zeit der polnischen Oberhoheit in ihrer historischen Entwickelung dargestellt, Berlin 1848 8.

Die Mark Brandenburg: Buchholz, Geschichte der Kurmark, Theil VI.

Schlesien: Wuttke, die Entwickelung der öffentlichen Verhältnisse Schlesiens, vornämlich unter den Habsburgern, Leipzig 1841 8. Desselben: König Friedrich's des Großen Besitzergreifung von Schlesien und die Entwickelung der öffentlichen Verhältnisse in diesem Lande bis zum Jahre 1740, Leipzig 1841, 1843, 2 Bde. 8. (verb. damit die Berliner Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik, 1842, Bd. II, Nr. 47, 48). Desgleichen: die schlesischen Stände, ihr Wesen, ihr Wirken und ihr Werth in alter und neuer Zeit, Leipzig 1847 8. K. G. Kries, historische Entwickelung der Steuerverfassung in Schlesien, unter Theilnehmung der allgemeinen Landtagsversammlungen, Breslau 1842 8.

Sachsen: Grävell, geschichtliche Uebersicht der Entwickelung und Fortbildung der teutschen landständischen Verfassung und der Grundsteuer in Sachsen, Berlin 1822 8.

Lausitz: J. W. Neumann, Geschichte der Landstände des Markgrafthums Nieder-Lausitz und deren Verfassung, Lübben 1843 8.

Pommern: Mevius, delineatio der pommerschen Landverfassung, in Pistorius amoenitates iuris, T. IV, p. 935 ff. Balthasar, Abhandlung von Ursprung, Amt, Recht, Wahl der Landräthe in Pommern, Greifswald 1754 4.

Westphalen: Runde, über die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungslanden, nach dem Deputationshauptschlusse von 1803, Göttingen 1805 4. Niesert, über die Entstehung der Stände in einigen Provinzen Westphalens, vorzüglich in dem Münsterlande, in Mallinkrodt's neuestem Magazin für Westphalen, 1816, H. I, Abhandl. I. v. Druffel, Darstellung des Steuerwesens u. s. w. im Hochstift Münster, in der Sammlung der Gesetze und Verordnungen im Erbfürstenthume Münster, Bd. I, S. 67—94, und von den Landtagen, daselbst S. 202 ff. Gerken, Geschichte der Paderborner Landstände, im Westphälischen Anzeiger 1816 Nr. 13.

Die Rheinprovinzen: C. A. Zum Bach, Ideen über Recht, Staat, Staatsgewalt und Staatsverfassung, mit besonderer Rücksicht auf die preußischen Rheinprovinzen, Cöln 1817 8., Th. II,

S. 166 ff. Benzenberg, über Provinzialverfassung, mit besonderer Rücksicht auf Jülich, Cleve, Berg und Mark, Hamm 1819. Ueber die ständischen Verhältnisse im Erzstifte Trier: Müller, in der Trier'schen Chronik, Jahrgang 1819 S. 130 ff.

Die hohenzollern'schen Lande: für Hohenzollern-Hechingen s. m. den bei G. W. Hugo, die Grundgesetze und Verfassungsurkunden, Carlsruh 1836 8., S. 113 ff. mitgetheilten Landesvergleich vom 26. Juni 1798, wozu die ergänzende Landschaftsordnung vom 1. Februar 1835 tritt — für Hohenzollern-Sigmaringen das Staatsgrundgesetz vom 11. Juli 1833.

In den Marken und im Herzogthum Preußen erfolgten schon seit dem großen Kurfürsten[446]) wesentliche Beschränkungen der Stände, und das Institut der Landtage ging nach und nach fast völlig unter. Eine neue Pflege ward demselben erst unter Friedrich Wilhelm III. nach dem Tilsiter Frieden zu Theil[447]). Eine Herstellung und Belebung für Ostpreußen erfolgte durch die Cabinetsordres vom 10. September 1807, 31. Januar und 27. Februar 1808, 13. Mai und 10. Juli 1809[448]) und in ähnlicher Weise auch für die übrigen Landschaften. Auf der Grundlage der Verordnung d. d. Königsberg den 26. December 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden[449]), erklärte der König in dem Edict vom 27. October 1810 über die Finanzen des Staates und die neuen Einrichtungen wegen der Abgaben[450]): „Wir behalten Uns vor, der Nation eine zweckmäßig eingerichtete Repräsentation, sowohl in den Provinzen, als für das Ganze zu geben, deren Rath Wir gern benutzen und in der Wir nach Unseren landesväterlichen Gesinnungen gern Unseren getreuen Unterthanen die Ueberzeugung fortwährend geben werden, daß der Zustand des Staates und der Finanzen sich bessere." Noch vor Emanation des Artikels XIII der teutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 erließ dann der König unterm 22. Mai d. J. die Verordnung über die zu bildende Repräsentation des Volkes[451]), zu deren Ausführung die Provinzialstände hergestellt und deren Bedürfnisse der Zeit entsprechend eingerichtet werden sollten. Demselben Zwecke diente demnächst die Verordnung vom 17. Januar 1820 wegen der künftigen Behandlung

---

446) Ranke, neuen Bücher preuß. Geschichte Bd. I, S. 40 flg.

447) G. H. Pertz, v. Stein's Leben, besonders Bd. IV. Verb. Denkschriften des Ministers Freihern v. Stein über teutsche Verfassungen, herausgegeben v. Pertz. Berlin 1848. 8.

448) J. Voigt a. a. O. S. 72 flg.

449) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 679 flg. Mathis Bd. VII, S. 339. v. Rabe Bd. IX, S. 467.

450) Gesetzsammlung S. 24 flg., 31. Vgl. Edict vom 7. September 1811 über die Finanzen, in der Gesetzsammlung S. 253 flg. Damit sind auch die Patente bei der Besitzergreifung der einzelnen Provinzen zu verbinden.

451) Gesetzsammlung S. 103.

des gesammten Staatsschuldenwesens[452]), und hierauf folgte nach ferneren vorbereitenden Schritten das Gesetz vom 5. Juni 1823 wegen Anordnung der Provinzialstände[453]), wobei zugleich die Erklärung gegeben wurde: „Wenn eine Zusammenberufung der allgemeinen Landstände erforderlich sein wird, und wie sie dann aus den Provinzialständen hervorgehen sollen, darüber bleiben die weiteren Bestimmungen Unserer landesväterlichen Fürsorge vorbehalten."

Unter der Regierung Friedrich Wilhelm's III. sind solche Bestimmungen nicht weiter ergangen, so daß es des jetzigen Königs Majestät vorbehalten blieb, die allgemeine Landesvertretung durch besondere Organe in's Leben zu rufen. Friedrich Wilhelm III. hatte die Ueberzeugung gewonnen, daß eine Repräsentation im modern constitutionellen Sinne dem Lande nicht ersprießlich sein werde, und dieser Ueberzeugung schloß sich auch Friedrich Wilhelm IV. an, weshalb nicht die Verordnung vom 22. Mai 1815, sondern das Gesetz vom 5. Juni 1823 als das Fundament der künftigen Verfassung des Staates anzusehen sei. So erklärte wiederholt und insbesondre im Jahre 1843 der König auf eine an ihn gerichtete Adresse der Stände des Großherzogthums Posen: „die Verordnung vom 22. Mai 1815, wie Wir dies bereits in dem Landtagsabschiede für das Königreich Preußen vom 9. September 1840 ausdrücklich erklärt haben,[454]) ist völlig unverbindlich für Uns, da schon Unseres in Gott ruhenden Herrn Vaters Majestät, von Denen dieselbe ausgegangen, ihre Ausführung mit dem Wohle Ihres Volkes nicht vereinbar fanden und das Gesetz vom 5. Juni 1823 an ihre Stelle treten ließen."[455])

Demgemäß wurde als ein allgemeines Organ zunächst im Jahre 1842 „die Versammlung der vereinigten Ausschüsse sämmtlicher Provinzen" angeordnet. (Verordnung vom 21. Juni 1842 über die Bildung von Ausschüssen der Stände der einzelnen Provinzen[456]), Geschäftsordnung für die Versammlung der vereinigten ständischen Ausschüsse vom 19. August 1842[457]).) Der Ausschuß besteht aus je zwölf Mitgliedern jedes einzelnen Provinziallandtages, genommen aus

---

452) Gesetzsammlung S. 9 verb. mit der Cabinetsordre, von gleichem Datum, an das Staatsministerium, betreffend den Staatshaushalt und das Staatsschuldenwesen, a. a. O. S. 21.

453) Gesetzsammlung S. 129.

454) S. diesen, sowie die erläuternde Cabinetsordre vom 4. October 1840 in der preußischen Staatszeitung 1840 Nr. 277. Vgl. die Allgem. Preuß. Zeitung 1845 Nr. 36.

455) Ergänzungen der preußischen Rechtsbücher Bd. VI, S. 142. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 160.

456) In der Gesetzsammlung S. 215—240. Ergänzungen a. a. O. S. 151 f. Simon a. a. O. S. 171 f.

457) Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1842 S. 330 f. Ergänzungen a. a. O. S. 155. Simon a. a. O. S. 174.

den verschiedenen Classen der Repräsentanten der Stände, für die Zwischenzeit von einem Landtage zum anderen, und soll zur Ausgleichung abweichender Ansichten verschiedener Landtage dienen, zugleich auch ein ständisches Organ darbieten, dessen Rath sich der König in geeigneten Fällen bedienen kann.

Die vollständige Vereinigung der sämmtlichen Glieder der Stände aller Provinzen konnte durch die ständischen Ausschüsse nicht ersetzt werden, weshalb im Jahre 1847

„der vereinigte Landtag"

hinzugefügt wurde. (Patent vom 3. Februar 1847, betreffend die ständischen Einrichtungen, Verordnung vom 3. Februar 1847 über die Bildung des vereinigten Landtages, desgleichen über die periodische Zusammenberufung des vereinigten ständischen Ausschusses und dessen Befugnisse, sowie über die Bildung einer ständischen Deputation [458]).

Die Berufung des vereinigten Landtages sollte erfolgen, so oft dazu ein Bedürfniß eintreten oder der König wegen besonders wichtiger Landesangelegenheiten für angemessen erachten würde. Er sollte zusammengesetzt werden aus den großjährigen Prinzen des königlichen Hauses, den Viril-, Curiat- und Collectiv-Stimmberechtigten des Herrenstandes und den Deputirten der Provinziallandtage, zusammen mit 617 Stimmen. Es wurden drei Kurien gebildet, die erste oder Herrenkurie, Stand der Fürsten, Grafen und Herren mit 80 Stimmen, die zweite Kurie der drei Stände, mit 231 Stimmen aus dem Stande der Ritterschaft, 182 Stimmen aus dem Stande der Städte und 124 aus dem Stande der Landgemeinden. Zum Ressort gehören die ständische Mitwirkung bei Staatsanleihen, die Zustimmung bei Einführung neuer Steuern und Erhöhung bestehender Steuersätze, der Beirath zu Gesetzen, welche die ganze Monarchie oder mehrere Provinzen betreffen, das Recht dem Könige Bitten und Beschwerden vorzutragen, welche innere Angelegenheiten des ganzen Staates oder mehrere Provinzen betreffen. Hiernach erfolgten auch mehrere Modificationen des vereinigten Ausschusses [459]), insbesondre die Bestimmung einer regelmäßigen, längstens alle vier Jahre eintretenden Wiederkehr desselben. Die ständische Deputation für das Staatsschuldenwesen sollte aus acht Mitgliedern bestehen, von denen aus jeder der acht Provinzen eines von den Ständen dieser Provinz auf sechs Jahre zu wählen ist.

---

458) Gesetzsammlung S. 33 flg. Die reiche Literatur über das Patent hat Droysen in der Halle'schen allgemeinen Literatur-Zeitung 1847 Nr. 169 flg. einer Kritik unterworfen. Verb. damit Reyscher: Einige Bemerkungen über die preußische Verfassung vom 3. Februar 1847, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. XI, H. I, Nr. 4.

459) Außer dem Patente vom 3. Februar 1847 selbst vgl. Reglement über den Geschäftsgang vom 2. December 1847 (in der Allgem. Preuß. Zeitung 1848 Nr. 19. Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1847 S. 306 flg.).

Der erste vereinigte Landtag wurde vom 11. April bis 26. Juni 1847 gehalten[460]). Viele und wichtige Angelegenheiten wurden auf ihm berathen und zu höherer Entscheidung vorbereitet. Der Landtagsabschied vom 24. Juli 1847[461]) befriedigte indessen nicht alle Wünsche der Versammlung[462]), was zum Theil noch nachträglich durch den königlichen Erlaß vom 5. März 1848 geschah: „Wir wollen die durch das Patent vom 3. Februar v. J. dem vereinigten ständischen Ausschusse verliehene Periodicität auf den vereinigten Landtag übertragen. Die Wirksamkeit des vereinigten ständischen Ausschusses soll in der von beiden Kurien übereinstimmend beantragten Weise beschränkt werden[463])."

Die französische Revolution vom 24. Februar 1848 übte auch auf Teutschland und Preußen insbesondre ihren Einfluß. Durch Patent vom 18. März d. J.[464]) wurde der zweite vereinigte Landtag auf den 2. April einberufen und unter seiner Mitwirkung die Verordnung über einige Grundlagen der künftigen preußischen Verfassung vom 6. April 1848 erlassen[465]), sowie das Wahlgesetz für die zur Vereinbarung der preußischen Staatsverfassung zu berufende Versammlung vom 8. April 1848[466]). Der nach diesem Gesetze gewählten am 22. Mai d. J. zusammengetretenen Versammlung[466a]) wurde der Entwurf einer Verfassungsurkunde vom 20. Mai übergeben und von einer Verfassungscommission umgearbeitet (26. Juli 1848)[467]). Ehe es aber zur Vereinbarung kam, fand sich der König durch die „nicht selten wiederkehrenden anarchischen Bewegungen in Berlin" bewogen, den Sitz der Versammlung am 8. November nach Brandenburg zu verlegen[468]),

---

460) Die Verhandlungen erschienen in der Allgem. Preuß. Zeitung, dann in einer Gesammtausgabe, besorgt vom Kanzleirath Ed. Bleich, Berlin 1847, 4 Bde. 8., desgleichen Königsberg 1847, 4 Bde. 8. und von Rauer, Berlin 1847.

461) Allgem. Preuß. Zeitung Nr. 218.

462) Vgl. dieselben a. a. O. Nr. 175—177, verb. 179, 180.

463) Allgem. Preuß. Zeitung 1848 Nr. 67.

464) Allgem. Preuß. Zeitung Nr. 79. Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1848 S. 81.

465) Gesetzsammlung S. 87.

466) Gesetzsammlung S. 89. Die Verhandlungen des zweiten vereinigten Landtages vom 2.—10. April 1848 finden sich in der Allgem. Preuß. Zeitung Nr. 94 flg. und in besonderer Zusammenstellung von Bleich. Berlin 1848. 8.

466a) Vgl. Statistische Betrachtungen über das Wahlgesetz vom 8. April 1848, in Dieterici's Mittheilungen des statistischen Bureaus, Berlin 1848 S. 1 flg.

467) Der Entwurf der Verfassungscommission findet sich in den: Stenographischen Berichten über die Verhandlungen der zur Vereinbarung der preuß. Verfassung berufenen Versammlung, Berlin, Decker 1848, S. 630 flg., dazu die Motive S. 729 flg.

468) Stenographische Berichte S. 2023.

wo sie vom 27. d. M. bis zum 1. December tagte und am 5. d. M. aufgelöst wurde[469]). An demselben Tage erließ die Regierung eine neue: Verfassungsurkunde für den preußischen Staat und ein Patent, betreffend die Zusammenberufung der Volksvertreter[470]), sowie unterm 6. December ein interimistisches Wahlgesetz für die erste Kammer und ein Wahlgesetz für die zweite Kammer[471]). Die hiernach gewählten Kammern traten am 26. Februar 1849 zusammen und erklärten sich, unter Vorbehalt der Revision, für die octroyirte Verfassung[472]). Noch ehe es zur Revision kam, beschloß aber die Regierung am 27. April die erste Kammer zu vertagen, die zweite aufzulösen[473]) und, auf Grund des Art. 105 der Verfassungsurkunde, für die letztere ein neues Wahlgesetz unterm 30. Mai zu erlassen[474]). Die zum 7. August d. J. wieder einberufenen Kammern[475]) haben die octroyirte Verfassung vom 5. December 1848 der vorbehaltenen Revision unterworfen[476]), worauf dieselbe nach Erledigung einer königlichen Botschaft vom 7. Januar 1850[477]) unterm 31. Januar d. J. zur Publication gelangte.

Aus der revidirten Verfassungsurkunde[478]), in Verbindung mit früheren und späteren Erlassen, gehören folgende Bestimmungen hierher:

Von den Kammern.

Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und zwei Kammern ausgeübt. Die Uebereinstimmung des Königs

469) A. a. O. S. 2089. Gesetzsammlung 1848 S. 371 flg.

470) Gesetzsammlung S. 375 flg., 392 flg.

471) A. a. O. S. 395 f., 399 f. Vgl. Helwing, die Eintheilung des preuß. Staates in die Wahlbezirke für die erste und zweite Kammer auf Grund der Verfassung vom 5. December 1848, in den Mittheilungen des statistischen Bureau's in Berlin 1849 S. 49 flg., verb. S. 113 flg.

472) Adresse der I. Kammer vom 17., der II. Kammer vom 30. März 1849, in den stenographischen Berichten über die Verhandlungen der durch das Patent vom 5. December 1848 einberufenen Kammern, Berlin 1849. I. Kammer S. 157, 161, II. Kammer S. 315, 329. S. auch Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 35 flg.

473) Stenographische Berichte I. Kammer S. 405, II. Kammer S. 708. Gesetzsammlung S. 159.

474) Gesetzsammlung S. 215 flg., vgl. dazu die statistische Uebersicht in den Mittheilungen des statistischen Bureau's in Berlin 1850 S. 84 flg.

475) A. a. O. 212.

476) Den vollständigen Nachweis der Berathungen über die einzelnen Artikel findet man in dem Sachregister zu den stenographischen Berichten beider Kammern. S. Anm. 478.

477) S. die stenographischen Berichte I. Kammer S. 2341 flg., II. Kammer S. 2070 flg.

478) Gesetzsammlung S. 17 flg. Vgl. v. Rönne, die Verfassungsurkunde für den preuß. Staat vom 31. Januar 1850, unter Vergleichung mit dem Entwurfe vom 20. Mai 1848, dem Entwurf der Verfassungscommission der Natio-

und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich. Finanzgesetzentwürfe und Staatshaushaltsetats werden zuerst der zweiten Kammer vorgelegt; letztere werden von der ersten Kammer im Ganzen angenommen oder abgelehnt (Art. 62). Nur in dem Falle, wenn die Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit, oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern die Kammern nicht versammelt sind, unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung sofort vorzulegen (Art. 63). Dem Könige, sowie jeder Kammer, steht das Recht zu, Gesetze vorzuschlagen. Gesetzvorschläge, welche durch eine der Kammern oder den König verworfen sind, können in derselben Sitzungsperiode nicht wieder vorgebracht werden (Art. 64).

Die Vorbereitung der königlichen Gesetzesvorschläge erfolgt durch das Staatsministerium, dem es überlassen ist, sich der dazu ihm geeignet scheinenden Organe zu bedienen [479]).

Der König befiehlt die Verkündigung der Gesetze und erläßt die zu deren Ausführung nöthigen Verordnungen (Art. 45). Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu (Art. 106). Die Publication erfolgt durch die dazu bestimmte Gesetzsammlung, der Zeitpunkt, mit welchem das Gesetz in Kraft tritt, ist mit Rücksicht auf die Entfernung von Berlin, der achte bis vierzehnte Tag, nach Ablauf des Tages, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist [480]).

Artikel 65—68 der Verfassungsurkunde enthalten die Bestimmungen über die erste Kammer, welche indessen (nach Art. 66)

---

nalversammlung, den Beschlüssen der Nationalversammlung, der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848, den Revisionsarbeiten beider Kammern, den Propositionen der königl. Botschaft vom 7. Januar 1850, und unter Berücksichtigung der Motive, nebst einem Nachtrage, enthaltend die Darstellung der in der Kammersitzungsperiode von 1851—1852 bewirkten Revision, Berlin 1852. 4.

479) Ueber die frühere Wirksamkeit der Gesetzcommission s. m. die Cabinetsordre vom 14. April 1780, das Patent vom 29. Mai 1781 §. 7—9. (Nov. C. C. Tom. VI. Fol. 1935, Tom. VII. Fol. 337.) Die später angeordnete Berathung beim Staatsministerium (Cabinetsordre vom 3. November 1817, Gesetzsammlung S. 291) geht eigentlich der Beschlußnahme durch den Staatsrath vorher (Verordnung vom 27. October 1810, 20. März 1817, in der Gesetzsammlung für 1810 S. 3, für 1817 S. 67). Ueber die Mitwirkung der Provinzialstände s. unten.

480) Gesetz vom 3. April 1846, betreffend die Publication der Gesetze (in der Gesetzsammlung S. 151). Königl. Erlaß vom 19. September 1852, betr. die Publication der Gesetze in den hohenzollern'schen Landen (a. a. O. S. 588).

erst am 7. August 1852 in der (Art. 65) vorgeschriebenen Weise zusammengesetzt werden sollte, nämlich a) aus den großjährigen königl. Prinzen; b) aus den Häuptern der ehemals unmittelbaren reichsständischen Häuser in Preußen — und aus den Häuptern derjenigen Familien, welchen durch königliche Verordnung das nach der Erstgeburt und Linealfolge zu vererbende Recht auf Sitz und Stimme in der ersten Kammer beigelegt wird; c) aus solchen Mitgliedern, welche der König auf Lebenszeit ernennt, deren Zahl den zehnten Theil der zu a und b genannten Mitglieder nicht übersteigen darf; d) aus neunzig Mitgliedern, welche in gesetzlich bestimmten Wahlkreisen gewählt werden; e) aus dreißig von den Gemeinderäthen gewählten Mitgliedern aus den größeren Städten des Landes. Die Gesammtzahl der unter a bis c genannten Mitglieder darf die Zahl der unter d und e bezeichneten nicht übersteigen[480a]).

Die Kammern von 1851—1852 unterzogen sich der wiederholten Berathung wegen der Zusammensetzung der ersten Kammer, ohne aber zu einem einheitlichen Schlusse zu gelangen[481]); deshalb sah sich die Regierung genöthigt unterm 4. August 1852 auf's Neue eine provisorische Verordnung über die Bildung der ersten Kammer zu erlassen[482]), welche auch die verfassungsmäßige Genehmigung der Kammern von 1852—1853 erhielt[483]). Diese selbst kamen aber darin überein, an die Stelle der Art. 65—68 der Verfassungsurkunde folgende, unterm 7. Mai 1853 zum Gesetz erhobene[484]) Bestimmungen treten zu lassen:

„Die erste Kammer wird durch königliche Anordnung gebildet, welche nur durch ein mit Zustimmung der Kammern zu erlassendes Gesetz abgeändert werden kann. Die erste Kammer wird zusammengesetzt aus Mitgliedern, welche der König mit erblicher Berechtigung auf Lebenszeit beruft. Bis zur Publication der königlichen Anordnung bleibt die Verordnung vom 4. August 1852 in Wirksamkeit für die Wahlen zur ersten Kammer."

Die zweite Kammer besteht aus 352 Mitgliedern[485]). Die Wahlbezirke werden durch das Gesetz festgestellt. Sie können aus

480a) Hierzu tritt noch ein Abgeordneter aus Hohenzollern, der nach dem interimistischen Wahlgesetze vom 30. April 1851 zu wählen ist (Gesetzsammlung S. 214).

481) Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch Allerhöchste Verordnung vom 4. November 1851 einberufenen Kammern. I. Kammer S. 689 f., 866, 867, II. Kammer S. 1151 f., 1171, 1271 f.

482) Gesetzsammlung S. 549 f.

483) Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 14. April 1853 (Gesetzsammlung S. 160).

484) Gesetzsammlung S. 181.

485) Zu den ursprünglich bestimmten 350 kommen noch 2 aus den hohenzollern'schen Fürstenthümern (s. folg. Anm.).

einem oder mehreren Kreisen oder aus einer oder mehreren der größeren Städte bestehen (Art. 69 der Verfassungsurkunde). Jeder Preuße, welcher das 25. Lebensjahr vollendet hat und in der Gemeinde, in welcher er seinen Wohnsitz hat, die Befähigung zu den Gemeindewahlen besitzt, ist stimmberechtigter Urwähler. Wer in mehreren Gemeinden an den Gemeindewahlen Theil zu nehmen berechtigt ist, darf das Recht als Urwähler nur in einer Gemeinde ausüben (Art. 70).

Auf jede Vollzahl von 250 Seelen der Bevölkerung ist ein Wahlmann zu wählen. Die Urwähler werden nach Maßgabe der von ihnen zu entrichtenden directen Staatssteuern in drei Abtheilungen getheilt, und zwar in der Art, daß auf jede Abtheilung ein Drittheil der Gesammtsumme der Steuerbeträge aller Urwähler fällt. ... Jede Abtheilung wählt besonders und zwar ein Drittheil der zu wählenden Wahlmänner ... die Wahlmänner in jeder Abtheilung werden aus der Zahl der stimmberechtigten Urwähler des Urwahlbezirkes ohne Rücksicht auf die Abtheilungen gewählt (Art. 71). Die Abgeordneten werden durch die Wahlmänner gewählt (Art. 72). Bis zum Erlasse eines neuen Wahlgesetzes bleibt die Verordnung vom 30. Mai 1849, die Wahl der Abgeordneten zur zweiten Kammer betreffend[486]) in Kraft (Art. 115).

Die Legislaturperiode der zweiten Kammer wird auf 3 Jahre festgesetzt (Art. 73). Zum Abgeordneten der zweiten Kammer ist jeder Preuße wählbar, der das 30. Lebensjahr vollendet, den Vollbesitz der bürgerlichen Rechte in Folge rechtskräftigen richterlichen Erkenntnisses nicht verloren und bereits 3 Jahre dem preußischen Staatsverbande angehört hat (Art. 74)[486a]).

Die Kammern werden nach Ablauf ihrer Legislaturperiode neu gewählt. Ein Gleiches geschieht im Falle der Auflösung. In beiden Fällen sind die bisherigen Mitglieder wieder wählbar (Art. 75). Die Kammern werden durch den König regelmäßig im Monat November jeden Jahres, und außerdem, so oft es die Umstände erheischen, einberufen (Art. 76). Die Eröffnung und Schließung der Kammern geschieht durch den König in Person oder durch einen dazu von ihm beauftragten Minister in einer Sitzung der vereinigten Kammern. Beide Kammern werden gleichzeitig berufen, eröffnet, vertagt und geschlossen. Wird eine Kammer aufgelöst, so wird die andere gleichzeitig vertagt (Art. 77). Jede Kammer prüft die Legitimation ihrer Mitglieder und

---

486) Diese in der Gesetzsammlung S. 205 f. enthaltene durch die Kammern genehmigte (s. Gesetzsammlung 1850 S. 5) Verordnung ist an die Stelle des Wahlgesetzes vom 6. December 1848 (s. Anm. 471) getreten. Dazu kommt das Gesetz vom 30. April 1851, mit dem interimistischen Wahlgesetze für Hohenzollern von gleichem Datum (Gesetzsammlung S. 213, 215). Vgl. Reglement vom 31. Mai 1849, Circular vom 18. Juni und 7. Juli 1849 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 113 f.).

486a) Vgl. Anm. 492 wegen der Bescholtenheit.

entscheidet darüber. Sie regelt ihren Geschäftsgang und ihre Disciplin durch eine Geschäftsordnung und erwählt ihren Präsidenten, ihre Vicepräsidenten und Schriftführer. Beamte bedürfen keines Urlaubes zum Eintritt in die Kammer. Wenn ein Kammermitglied ein besoldetes Staatsamt annimmt, oder im Staatsdienste in ein Amt eintritt, mit welchem ein höherer Rang oder ein höherer Gehalt verbunden ist, so verliert es Sitz und Stimme in der Kammer und kann seine Stelle in derselben nur durch neue Wahl wieder erlangen. Niemand kann Mitglied beider Kammern sein (Art. 78). Die Sitzungen beider Kammern sind öffentlich. Jede Kammer tritt auf den Antrag ihres Präsidenten oder von zehn Mitgliedern zu einer geheimen Sitzung zusammen, in welcher dann zunächst über diesen Antrag zu beschließen ist (Art. 79). Keine der beiden Kammern kann einen Beschluß fassen, wenn nicht die Mehrheit der gesetzlichen Anzahl ihrer Mitglieder anwesend ist. Jede Kammer faßt ihre Beschlüsse nach absoluter Stimmenmehrheit, vorbehaltlich der durch die Geschäftsordnung für Wahlen etwa zu bestimmenden Ausnahmen (Art. 80). Jede Kammer hat für sich das Recht, Adressen an den König zu richten. Niemand darf den Kammern oder einer derselben in Person eine Bittschrift oder Adresse überreichen. Jede Kammer kann die an sie gerichteten Schriften an die Minister überweisen und von denselben Auskunft über eingehende Beschwerden verlangen (Art. 81). Eine jede Kammer hat die Befugniß, Behufs ihrer Information Commissionen zur Untersuchung von Thatsachen zu ernennen (Art. 82). Die Mitglieder beider Kammern sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie stimmen nach ihrer freien Ueberzeugung und sind an Aufträge und Instructionen nicht gebunden (Art. 83). Sie können für ihre Abstimmungen in der Kammer niemals, für ihre darin ausgesprochenen Meinungen nur innerhalb der Kammer auf den Grund der Geschäftsordnung zur Rechenschaft gezogen werden. Kein Mitglied der Kammer kann ohne deren Genehmigung während der Sitzungsperiode wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung zur Untersuchung gezogen oder verhaftet werden, außer wenn es bei Ausübung der That oder im Laufe des nächstfolgenden Tages nach derselben ergriffen wird. Gleiche Genehmigung ist bei einer Verhaftung wegen Schulden nothwendig. Jedes Strafverfahren gegen ein Mitglied der Kammer und eine jede Untersuchungs- oder Civilhaft wird für die Dauer der Sitzungsperiode aufgehoben, wenn die betreffende Kammer es verlangt (Art. 84). Die Mitglieder der zweiten Kammer erhalten aus der Staatskasse Reisekosten und Diäten nach Maßgabe des Gesetzes. Ein Verzicht hierauf ist unstatthaft (Art. 85). Die Mitglieder der beiden Kammern leisten dem Könige den Eid der Treue und des Gehorsams und beschwören die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung (Art. 108).

Alle Einnahmen und Ausgaben des Staates müssen für jedes Jahr im voraus veranschlagt und auf den Staatshaushaltsetat gebracht werden. Letzterer wird jährlich durch ein Gesetz festgestellt (Art. 99).

Steuern und Abgaben für die Staatskasse dürfen nur, soweit sie in den Staatshaushaltsetat aufgenommen oder durch besondere Gesetze angeordnet sind, erhoben werden (Art. 100). Die Aufnahme von Anleihen für die Staatskasse findet nur auf Grund eines Gesetzes statt. Dasselbe gilt von der Uebernahme von Garantien zu Lasten des Staates (Art. 103). Zu Etatsüberschreitungen ist die nachträgliche Genehmigung der Kammern erforderlich. Die Rechnungen über den Staatshaushaltsetat werden von der Oberrechnungskammer geprüft und festgestellt. Die allgemeine Rechnung über den Staatshaushalt jeden Jahres, einschließlich einer Uebersicht der Staatsschulden, wird mit den Bemerkungen der Oberrechnungskammer zur Entlastung der Staatsregierung den Kammern vorgelegt (Art. 104).

Die Verfassung kann auf dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung abgeändert werden, wobei in jeder Kammer die gewöhnliche absolute Stimmenmehrheit bei zwei Abstimmungen, zwischen welchen ein Zeitraum von wenigstens 21 Tagen liegen muß, genügt (Art. 107).

Die frühere preußische Verfassung war eine rein ständische, die gegenwärtige ist eine gemischte, eine repräsentative in den Kammern, eine ständische in den übrigen Organen. Der repräsentative Charakter ist annäherungsweise durch die Verfassungsurkunde in Art. 105 und die darauf gegründeten Gesetze und Verordnungen für die Provinzen, Bezirke, Kreise und Gemeinden erstrebt worden, doch ist die spätere Gesetzgebung davon wieder abgegangen und hat die ständischen Organe restituirt. Es ist daher nothwendig von den seit 1848 suspendirten oder aufgehobenen Einrichtungen auszugehen und das gegenwärtige Verhältniß derselben zur späteren zum Theil wieder beseitigten Gesetzgebung darzulegen [487]).

Die Provinzialvertretung.

Die Grundlage für die Provinzialstände im ganzen Staate bildet das Gesetz vom 5. Juni 1823 [488]), für die einzelnen Provinzen selbst ist im besonderen durch eigene Verordnungen, unter Berücksichtigung der eigenthümlichen Verhältnisse der verschiedenen Landestheile, die nähere Festsetzung erfolgt [489]). Es sind dieses vornämlich:

1) Für die Provinz Preußen das Gesetz vom 1. Juli 1823 wegen Anordnung der Provinzialstände, nebst der Verordnung vom 17. März 1828 wegen der noch vorbehaltenen Bestimmungen, der

---

487) Vgl. Rauer, die ständische Gesetzgebung der preuß. Staaten, Berlin 1845, 2 Th. 8. Desselben: die ständische Gesetzgebung, neue Folge, Berlin 1853, 2 Th. 8. (Von diesem Werke enthält Th. I den Text der ständischen Gesetze, Th. II die systematische Darstellung dieser Gesetzgebung).

488) In der Gesetzsammlung S. 129 f. und bei Rauer a. a. O. I, 1.

489) Die einzelnen Erlasse selbst finden sich sämmtlich in der Gesetzsammlung und bei Rauer a. a. O.

Cabinetsordre vom 2. Februar über die ständischen Verhältnisse der Kreise Darkehmen und Insterburg und 23. Februar 1843 über die Collectivstimme der Grafen zu Dohna.

2) Für die Mark Brandenburg und das Markgrafthum Niederlausitz das Gesetz vom 1. Juli 1823 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 17. August 1825, 18. November 1826 wegen Befähigung der Wahl in der Ritterschaft der Niederlausitz, Cabinetsordre vom 26. October 1835 wegen der ständischen Rechte mehrerer Städte, Cabinetsordre vom 28. November 1835 wegen der Virilstimme für den Grafen von Solms-Sonnenwalde, vom 22. Juni 1839 über die Berechtigung zu Landtagsstimmen, vom 28. März 1847 über die Stimme des Grafen von Redern.

3) Für Pommern und Rügen das Gesetz vom 1. Juli 1823 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 17. August 1825, Cabinetsordre vom 19. Juni 1836 über die Aufbringung der Landtagskosten in Neuvorpommern.

4) Für Schlesien und die Oberlausitz das Gesetz vom 27. März 1824 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 2. Juni 1827, der Cabinetsordre vom 9. September 1827 über das Wahlrecht der Ritterschaft des Rosenberger Kreises und der Stadt Oels, Cabinetsordre vom 22. Juni 1839 über die Berechtigung zu den Landtagsstimmen, Verordnung vom 8. Juni 1844.

5) Für Posen das Gesetz vom 27. März 1824 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 15. December 1830, Verordnung vom 19. December 1845 über das Verfahren bei ständischen Wahlen in den Landgemeinden.

6) Für Sachsen das Gesetz vom 27. März 1824 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 17. Mai 1827, Cabinetsordre vom 9. Mai 1825 wegen der Wahl der städtischen Landtagsdeputirten, vom 1. August 1831 über die Landtagsfähigkeit ritterschaftlicher Güter nach Ablösung der Reallasten, vom 15. Juni 1833 über die Wahl der ritterschaftlichen Abgeordneten des thüringer Wahlbezirkes, vom 22. Juni 1839 über die Berechtigung zu Landtagsstimmen.

7) Für Westphalen das Gesetz vom 27. März 1824 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 13. Juli 1827, Cabinetsordre vom 1. August 1831 (wie für Sachsen), Cabinetsordre vom 22. Juni 1839 (desgleichen), Verordnung vom 19. Juni 1846 wegen einiger Abänderungen des Gesetzes von 1824 und 1827, Cabinetsordre vom 4. April und 14. Mai 1847 wegen der Virilstimme für den Grafen von Kielmannsegge.

8) Für die Rheinprovinz das Gesetz vom 27. März 1824 wegen der Anordnung, mit der Verordnung vom 13. Juli 1827, Cabinetsordre vom 1. August 1831 (wie für Sachsen), Verordnung vom 26. März 1839 wegen der Theilnahme des Kreises St. Wendel, vom 15. Januar 1842 wegen der Aufnahme des Ortes Neustadt.

Nach diesen Gesetzen werden die Provinzialstände in Preußen, der Mark und Niederlausitz, Pommern und Rügen, und in Posen aus drei Ständen gebildet, der Ritterschaft, den Städten und dem bäuerlichen Stande; in Schlesien, Sachsen, Westphalen und der Rheinprovinz aus vier Ständen, indem zu jenen drei noch ein erster Herrenstand hinzukommt. Die obigen Gesetze bestimmen genau, wer zu jedem dieser Stände gehört, in Betreff des Ritterstandes insbesondre, außer den Besitzern von Rittergütern, in der Provinz Preußen die Grundeigenthümer eines kölmischen Gutes von sechs kulmischen Hufen separirten, contribuabeln Landes, welches nicht Theil eines Dorfes, sondern ein für sich bestehendes Landgut ist, sowie eines anderen größeren, dem vorbezeichneten kölmischen gleichartigen Landbesitzes [490]). In Rheinland-Westphalen stehen den Besitzern der (früher landtagsfähigen) Rittergüter die Besitzer eines anderen größeren Landgutes gleich, welche der Landesherr in den Stand derselben aufzunehmen für angemessen erachtet und die deshalb in die Matrikel aufgenommen sind [491]). Als Abgeordnete des Standes der Städte können nur städtische Grundbesitzer gewählt werden, welche entweder zeitige Magistratspersonen sind oder ein bürgerliches Gewerbe treiben. Bei den letzteren muß der Grundbesitz mit dem Gewerbe zusammen einen nach der Verschiedenheit der Städte abzumessenden Werth haben, der in der besonderen ergänzenden Verordnung für jede Provinz bestimmt ist. Dieselbe bestimmt auch die Größe des Landgutes, welches von demjenigen als Hauptgewerbe selbst bewirthschaftet werden muß, der als Abgeordneter im Stande der Landleute gewählt werden kann.

Bedingungen der Wählbarkeit eines Abgeordneten sind überhaupt Grundbesitz von zehn Jahren (wovon indessen dispensirt werden kann), das zurückgelegte dreißigste Lebensjahr, unbescholtener Ruf [492]) und die Gemeinschaft mit einer der öffentlich anerkannten christlichen Kirchen [493]).

---

490) Gesetz vom 1. Juli 1823 §. 7 Nr. 2 (Gesetzsammlung S. 138). Vgl. dazu Rauer a. a. O. Th. II §. 137. Ueber die deshalb aufgenommene Matrikel, daselbst §. 139.

491) Gesetz vom 27. März 1824 §. 8 Nr. 2 (Gesetzsammlung S. 101, 108). Vgl. Rauer a. a. O. Th. II, §. 215 flg., 234 flg., 246 flg.

492) Vgl. Gesetz vom 8. Mai 1837 über die persönliche Fähigkeit zur Ausübung der Rechte der Standschaft u. s. w. (in der Gesetzsammlung S. 99), Gesetz vom 23. Juli 1847 über die Entziehung oder Suspension ständischer Rechte bescholtener Personen (in der Gesetzsammlung S. 279 flg.). Verb. mit den Verhandlungen des vereinigten Landtages von 1847 über dieses Gesetz, in der allgem. preuß. Zeitung 1847 Nr. 123 flg. Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 §. 12, 21, 22 (Gesetzsammlung S. 103, 105). Daß die Gesetze von 1837 und 1847 dadurch ihre Geltung nicht verloren haben, declarirt das Ministerialrescript vom 23. Februar 1852 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 48). Vgl. Rauer a. a. O. neue Folge Th. II, S. 85.

493) Vgl. Gesetz vom 1. Juli 1823 §. 5 Nr. 2. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 5, 6. Gegen die katholischen Dissidenten ist dies wieder-

Die Wahlen der Ritterschaft erfolgen in der Regel auf den Kreistagen, außerdem aber auch in gesetzlich vorgeschriebenen Wahlbezirken. Städte, welche eine Stimme für sich haben, wählen in sich selbst, andere wählen collectiv. In den Dorfgemeinden gehen aus den Ortswählern Bezirkswähler hervor und aus diesen selbst werden die Abgeordneten gewählt[494]). Die Wahl erfolgt auf sechs Jahre und alle drei Jahre scheidet die Hälfte aus. Die Einberufung der Stände geschieht durch den vom Könige bestimmten Landtagscommissarius, den Vorsitz hat der vom Könige aus dem ersten Stande ernannte Landtagsmarschall. Der königliche Commissarius eröffnet und schließt den Landtag und dient als Mittelsperson zwischen dem Landtage und der Regierung, während die Direction des Landtages dem Marschall selbst zusteht. Die Gesammtheit der Abgeordneten bildet ein Ganzes und beschließt durch Mehrheit der Stimmen, von denen aber zwei Drittheile erforderlich sind, wenn ein Antrag an den König gelangen soll. Wenn das Interesse der Stände gegen einander tritt, so erfolgt eine Sonderung in Theile, sobald zwei Drittheile des Standes, welcher sich durch den Beschluß der Majorität verletzt glaubt, auf eine solche dringen. Die itio in partes geschieht übrigens entweder so, daß ein einzelner Stand gegen den Beschluß der anderen einen Protest einlegt, oder daß sich die ganze Versammlung in die einzelnen Stände auflöst, und diese nun gesondert neben einander verhandeln. Die Versammlungen sind nicht öffentlich, die Verhandlungen werden aber durch den Druck zur allgemeinen Kenntniß gebracht[495]), eben so die Landtagsabschiede. Nach dem Gesetz vom 5. Juni 1823 sollen an die Provinzialstände 1) die Gesetzentwürfe, welche allein die Provinz angehen, zur Berathung gelangen, ihnen auch 2) so lange keine allgemein ständische Versammlungen stattfinden, die Entwürfe solcher allgemeinen Gesetze, welche Veränderungen in Personen- und Eigenthumsrechten und in den Steuern zum Gegenstande haben, soweit sie die Provinz betreffen, zur Berathung vorgelegt werden; 3) will der König Bitten und Beschwerden, welche auf das specielle Wohl und

---

holentlich geltend gemacht. Cabinetsordre vom 28. Mai und 21. August 1846. (Rauer a. a. O. neue Folge Th. II, S. 80.) Dagegen ist in der Verordnung vom 6. April 1848 §. 5 und in der Verfassungsurkunde Art. 12 der entgegenstehende Grundsatz ausgesprochen: der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte war unabhängig von den religiösen Bekenntnissen. Rücksichtlich der Juden ist schon früher (Rauer a. a. O. Th. II, S. 238) und insbesondre durch das Gesetz über die Verhältnisse der Juden vom 23. Juli 1847 §. 3 (Gesetzsammlung S. 264) die Unfähigkeit ausgesprochen.

494) Vgl. Rauer a. a. O. Th. II, §. 406 flg. Neue Folge Th. II, S. 135 flg.

495) Cabinetsordre vom 29. Mai 1843 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 183). Cabinetsordre vom 11. December 1846, betreffend die Druckschriften, welche Veröffentlichungen über die Verhandlungen der preußischen Ständeversammlungen enthalten, in der Gesetzsammlung 1847 S. 2.

Interesse der ganzen Provinz oder eines Theiles derselben Beziehung haben, von ihnen annehmen, solche prüfen und sie darauf bescheiden, und 4) Communalangelegenheiten der Provinz ihren Beschlüssen, unter Vorbehalt allerhöchster Genehmigung und Aufsicht, überlassen[496]).

Die Verfassungsurkunde Art. 105 stellte von den bisher befolgten wesentlich abweichende Grundsätze auf, nämlich: 1) Ueber die inneren und besonderen Angelegenheiten der Provinzen beschließen aus gewählten Vertretern bestehende Versammlungen, deren Beschlüsse durch die Vorsteher der Provinzen ausgeführt werden. Das Gesetz wird die Fälle bestimmen, in welchen die Beschlüsse dieser Vertretung der Genehmigung einer höheren Vertretung oder der Staatsregierung unterworfen sind. 2) Die Vorsteher der Provinzen werden von dem Könige ernannt. 3) Die Berathungen der Provinzialvertretungen sind öffentlich. Die Ausnahmen bestimmt das Gesetz. Ueber die Einnahmen und Ausgaben muß wenigstens jährlich ein Bericht veröffentlicht werden.

Zur Ausführung dieser Grundzüge erging die Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung für den preußischen Staat vom 11. März 1850[497]) Art. 1, 2 38 flg., nebst dem Circular und Regulativ vom 3. Juni 1850 zur Ausführung des Gesetzes[498]), dem Circular vom 28. September 1850[499]) und dem Rescript vom 16. August 1850 für die Rheinprovinz[500]). Der wirklichen Durchführung stellten sich aber Schwierigkeiten entgegen, welche das Ministerium des Innern bewogen, durch Verfügung vom 28. Mai 1851[501]) auf Grund von Art. 67, 69, 73 der Provinzialordnung[502]) und im Sinne des Art. 110 der Verfassungsurkunde[503]) die älteren Provinziallandtage zur einstweiligen Wahrnehmung der provinziellen Interessen zu reactiviren. Nachdem dann durch den Allerhöchsten Erlaß vom 19. Juni 1852 die Sistirung der Bildung der unterm 11. März 1850 angeordneten neuen Provinzialvertretungen befohlen war[504]), wurde ein neuer Entwurf für die

---

496) Die einzelnen Verwaltungsgeschäfte selbst sind für sämmtliche Provinzen speciell bei Rauer a. a. O. Th. II, S. 611 flg. Neue Folge Th. II, S. 377 nachgewiesen.

497) In der Gesetzsammlung S. 251 flg.

498) Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 168 f.

499) A. a. O. S. 331 f.

500) A. a. O. S. 243 f.

501) Rauer a. a. O. Neue Folge Th. II, S. 425.

502) Art. 67: „die zur Ausführung dieses Gesetzes erforderlichen vorübergehenden Bestimmungen werden von dem Minister des Innern getroffen. Derselbe hat namentlich diejenigen Behörden zu bezeichnen, welche die Verrichtungen der neu zu bildenden Organe, die zur Ausführung dieses Gesetzes nöthig sind, einstweilen auszuüben haben."

503) „Alle durch die bestehenden Gesetze angeordneten Behörden bleiben bis zur Ausführung der sie betreffenden organischen Gesetze in Thätigkeit." Vgl. die Rede des Ministers von Westphalen in der zweiten Kammer vom 10. Mai 1852 (stenographische Berichte S. 1344 flg.).

504) Gesetzsammlung S. 388.

Provinzialordnung den Kammern zur Beschlußnahme überwiesen [505]), welche indessen noch nicht erfolgt ist. Die früheren Provinziallandtage bestehen noch interimistisch fort, und eine Neugestaltung derselben durch ein besonderes Gesetz ist bei Gelegenheit der Aufhebung des Art. 105 der Verfassung und der Provinzialordnung vom 11. März 1850 unterm 24. Mai 1853 vorbehalten [506]).

Die Communallandstände [507]).

In den Provinzen Preußen, Posen, Schlesien, Sachsen, Westphalen und Rheinland gehören die Communalangelegenheiten vor die Provinzialvertretung, in den übrigen werden dieselben von eigenen Communallandständen versehen, welche innerhalb der Provinz in Districten, die die Grenzen eines Kreises überschreiten, nach observanzmäßiger, gesetzlich bestätigter Einrichtung wirksam sind. Auf Grund der Vorschläge der Provinziallandtage sind besondere Gesetze [508]) ergangen.

1) Für die Kur- und Neumark die Verordnung vom 17. August 1825 nebst der Cabinetsordre vom 27. December 1826 und 26. October 1835.

2) Für die Niederlausitz die Verordnung vom 18. November 1826, Declaration vom 9. September 1827, Cabinetsordre vom 29. April und 11. Juli 1829 [509]).

3) Für Pommern und Rügen die Verordnung vom 17. August 1825 [510]).

4) Für die Oberlausitz [511])

Es können jährlich besondere Communallandtage gehalten werden, unter verhältnißmäßiger Zuziehung von Abgeordneten aller Stände,

---

505) Rauer a. a. O. Neue Folge II, S. 426 flg. theilt den Entwurf mit, desgleichen die Ergebnisse der Berathung der Provinziallandtage S. 436 flg. Den hiernach neu redigirten Entwurf hat der Minister des Innern am 22. Januar 1853 der ersten Kammer übergeben (stenographische Berichte S. 145).

506) Gesetzsammlung S. 228.

507) Rauer a. a. O. Th. II, S. 570 f. Neue Folge Th. II, S. 356 f.

508) Sämmtlich in den betreffenden Jahrgängen der Gesetzsammlung, auch bei Rauer a. a. O.

509) Nach älterer Observanz bestehen daneben noch besondere Vasallen-Convente (§. 18 der Verordnung vom 18. November 1826, Gesetzsammlung S. 110 f., verb. mit den beiden zuletzt citirten Erlassen).

510) Gesetzsammlung d. J. S. 200. Verb. Regulativ für die Geschäftswirksamkeit der Landkostenbevollmächtigten in Neuvorpommern vom 20. November 1843, mit der Allerhöchsten Bestätigung vom 14. September 1844, in der Gesetzsammlung von 1845 S. 13 flg.

511) Anerkannt auf dem Landtage 1825 und im Landtagsabschiede vom 2. Juni 1827 (v. Kamptz Annalen Bd. XI, S. 299). Eine definitive Verordnung über die Verfassung ist bisher nicht erschienen. S. Rauer a. a. O. Th. II, S. 600 f. Neue Folge Th. II, S. 372.

jedoch nur mit Bewilligung des betreffenden Landtagscommissarius. Beschlüsse über Veränderungen in den Communaleinrichtungen und neue Communalabgaben bedürfen der landesherrlichen Genehmigung [512]). Die eigentliche Aufgabe der Communallandtage ist die Wahrnehmung der bestehenden Communalangelegenheiten, vornämlich die Verwaltung der Landarmen- und Irrenanstalten, der Feuersocietäten, Taubstummenanstalten, Grundsteuer-, Schuldenwesen u. dgl. m. [513]); doch dürfen sie in dringenden Fällen Anträge und Beschwerden, welche nicht unmittelbar ihren eigentlichen Geschäftskreis betreffen, bei den Behörden einreichen [514]). Den Provinziallandtagen steht nicht zu, dem Communallandtage Aufträge zu geben und seiner Wirksamkeit nach Gutbefinden gewisse Gegenstände zu überweisen [515]). Die Oberpräsidenten sind königliche Commissarien der Communallandtage, während die Vorsitzenden von den Mitgliedern aus Abgeordneten des ersten Standes gewählt und vom Könige bestätigt werden. Der Geschäftsgang stimmt im ganzen mit dem auf den Provinziallandtagen überein.

Die neueren Ereignisse haben diese Institution nicht weiter berührt, denn auch die Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung vom 11. März 1850 bestimmt im Art. 69: „die bisherigen communallandständischen Einrichtungen bleiben in Wirksamkeit, so lange dieselben nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen anderweitig geregelt sind. Bis dahin haben die Mitglieder der Communallandtage und der von denselben gewählten Commissionen ihre Functionen fortzusetzen. Auch können Ersatzwahlen stattfinden."

Die Bezirke und Bezirkscommissionen.

Bei der seit 1848 beabsichtigten Umgestaltung der bisherigen Organe der Staatsverfassung und Verwaltung dachte man auch an eine Veränderung der Regierungen, Bezirke, ganz nach der Analogie der Provinzialvertretungen. Nach Art. 104 der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848, Art. 105 der revidirten Verfassung, der Gemeinde-, Kreis- und Bezirksordnung vom 11. März 1850 und den dazu gehörigen Instructionen und Regulativen gestalteten sich die Bezirke also: aus gewählten Vertretern, unter dem Vorsitze des vom Könige ernannten Regierungspräsidenten, sollten Bezirksräthe und Bezirkscommissionen gebildet werden, welche über die inneren und äußeren

512) Gesetz vom 1. Juli 1823 §. 57, vom 27. März 1824 §. 59 u. a.

513) Vgl. Rauer a. a. O. und insbesondre die seit 1846 ergangenen, in der Gesetzsammlung mitgetheilten, neueren Ordnungen über das Landarmenwesen, die Feuersocietäten u. a.

514) S. brandenburgischer Landtagsabschied vom 30. December 1827 (v. Kamptz Annalen Bd. XI, S. 852).

515) S. preußischer Landtagsabschied vom 17. August 1825 (v. Kamptz Annalen Bd. X, S. 480).

Angelegenheiten der Bezirke, namentlich die Bezirksstraßen und die Institute, welche Eigenthum eines Bezirkes sind, öffentlich berathen und deren Beschlüsse die Präsidenten ausführen. Ueber Ausgaben und Einnahmen ist wenigstens jährlich ein Bericht zu veröffentlichen. Die Bezirke (Regierungsbezirke) bleiben in ihrer bisherigen Begrenzung bestehen und können nur durch ein Gesetz verändert werden; die bisherigen Verwaltungen bleiben so lange in Wirksamkeit, bis die Provinzialversammlung darüber anderweitig beschlossen hat[516]).

Zur Ausführung ist von diesen Anordnungen so gut wie nichts gekommen; die Bezirksräthe, aus vier Bezirksdeputirten und dem Präsidenten zusammengesetzt, sind nur in wenigen Fällen gebildet worden; ebenso die Bezirkscommissionen[516a]), welche bestehen sollten aus: 1) dem Regierungspräsidenten, welcher den Vorsitz führt und bei Stimmengleichheit den Ausschlag giebt; 2) drei der bisher im Stande der Rittergutsbesitzer vertretenen Grundbesitzer oder deren Stellvertretern; 3) drei der bisher im Stande der Landgemeinden vertretenen Grundbesitzer oder deren Stellvertretern; 4) drei Vertretern der Städte. Die in 2—4 gedachten Mitglieder werden von dem Minister des Innern nach Vernehmung des Gutachtens des Regierungspräsidenten und des Oberpräsidenten ernannt.

Nach Sistirung der Ausführung der Bezirksordnung, gemäß dem Allerhöchsten Erlasse vom 19. Juni 1852, und nach Aufhebung der Gemeinde- und Bezirksordnung, nebst Art. 105 der Verfassungsurkunde, durch die Gesetze vom 24. Mai 1853, steht die Emanation eines neuen Gesetzes bevor. Anders verhält es sich mit der zum Behuf der Veranlagung der classificirten Einkommensteuer angeordneten Bezirkscommissionen. Es bestimmt darüber das Gesetz vom 1. Mai 1851, betreffend die Einführung einer Classen- und classificirten Einkommensteuer §. 24—26[517]): Für jeden Regierungsbezirk, beziehungsweise für Berlin, wird unter dem Vorsitze eines vom Finanzminister zu ernennenden Regierungscommissars eine Bezirkscommission gebildet, welche in demselben Verhältniß wie die Einschätzungscommissionen, aus im Bezirke wohnenden Mitgliedern der Provinzialvertretung und aus Einkommensteuerpflichtigen des Bezirkes zusammenzusetzen und von der Provinzialvertretung zu wählen ist. Die Bezirkscommission entscheidet über alle gegen das Verfahren und die Entscheidungen der Einschätzungscommission angebrachten Beschwerden und Reclamationen, sowie über die von dem Vorsitzenden der Einschätzungscommissionen eingelegten Berufungen. Gegen die Entscheidungen der Bezirkscom-

516) Vgl. die Kreis-, Bezirksordnung vom 11. März 1850 Art. 1, 2, 32—37, 66. Gemeindeordnung vom 11. März 1850 §. 146, 147, 149.

516a) Dies ergiebt sich aus der Instruction zur Ausführung der Städteordnung (vom 30. Mai 1853) vom 20. Juni 1853 Nr. IV.

517) Gesetzsammlung S. 203.

mission findet ein Recurs nicht statt. Nähere Bestimmungen zur Ausführung enthalten die Instructionen des Finanzministers vom 8. Mai und 13. Juli 1851, sowie die Verfügung vom 13. Juli 1851, betreffend die Bildung der Bezirkscommissionen [518]) u. a. m.

Die Kreisstände.

Für die einzelnen landräthlichen Kreise in den Regierungsbezirken bestehen Kreisstände [519]). Der Zweck der Kreisversammlungen ist, die Verwaltung des Landrathes in Communalangelegenheiten zu begleiten und zu unterstützen. Die Wirksamkeit der Kreisstände beschränkt sich auf diese Versammlungen, Kreistage, auf welchen daher auch die Eingaben der Stände berathen, abgefaßt und vollzogen werden müssen. Die Kreisstände vertreten die Kreiscorporation in allen den ganzen Kreis betreffenden Communalangelegenheiten, ohne Rücksprache mit den einzelnen Communen oder Individuen. Sie geben Namens derselben verbindende Erklärungen ab, beschließen Ausgaben im Interesse des Kreises, repartiren die kreisweise aufzubringenden Staatsabgaben, sind mit ihrem Gutachten bei allen Abgaben, Leistungen und Naturaldiensten zu den Kreisbedürfnissen zu vernehmen, und von den verwendeten Geldern ist ihnen Rechnung zu legen. Wo eine ständische Verwaltung der Kreiscommunalangelegenheiten stattfindet, wählen sie die Beamten; auch wählen sie die Civilmitglieder der Kreisersatzcommissionen, die Landrathsamtscandidaten und Kreisdeputirten u. a. m. Auf den Kreistagen erscheinen die Rittergutsbesitzer, städtische Abgeordnete und Deputirte der Landgemeinden. Die Requisite sind dabei die Gemeinschaft mit einer der christlichen Kirchen, unbescholtener Ruf und das zurückgelegte 24. Lebensjahr. Die städtischen Abgeordneten müssen außerdem Magistratspersonen oder Stadtverordnete sein, die ländlichen Deputirten regelmäßig Schulzen oder Dorfrichter. Jährlich soll der Landrath oder älteste Kreisdeputirte wenigstens einen Kreistag berufen, auf welchem er, jedoch ohne Stimmrecht, den Vorsitz führt. Die Beschlüsse werden durch die Regierung bestätigt.

Alle diese Bestimmungen beruhen, mit gewissen Modificationen für die einzelnen Provinzen, auf den für diese erlassenen Kreisordnungen und speciellen Gesetzen. Es sind dieses vornämlich:

1) Für Preußen die Kreisordnung vom 17. März 1828, Verordnung vom 22. Juni 1842 über die Befugnisse der Kreisstände Ausgaben zu beschließen und die Kreiseingesessenen dadurch zu verpflichten.

---

518) Im Staatsanzeiger 1851 S. 108 f., 446.

519) Vgl. überhaupt Rauer a. a. O. Th. II, S. 405 flg. Neue Folge Th. II, S. 243 flg. Die einzelnen Kreisordnungen u. s. w. sind aus der Gesetzsammlung im ersten Theile dieses Werkes abgedruckt.

2) Für **Brandenburg** Kreisordnung (für die Kur- und Neumark) vom 17. August 1825, nebst Cabinetsordre vom 20. November 1825. Verordnung für die Kreistage der Niederlausitz vom 18. November 1826. Verordnung vom 25. März 1841 nebst Ergänzung vom 7. März 1845 über die Befugniß der Kreisstände, Ausgaben zu beschließen.

3) Für **Pommern** Kreisordnung vom 17. August 1825, nebst näherer Bestimmung vom 13. December 1841, Verordnung vom 25. März 1841 über die Befugniß Ausgaben zu beschließen.

4) Für **Schlesien** Kreisordnung vom 2. Juni 1827, Verordnung vom 7. Januar 1842 über die Befugniß Ausgaben zu beschließen.

5) Für **Posen** Kreisordnung vom 20. December 1828, nebst Verordnung vom 21. Novbr. 1837 und Cabinetsordre vom 10. Juni 1844. Verordnung vom 25. März 1841 über die Befugniß Ausgaben zu beschließen.

6) Für **Sachsen** Kreisordnung vom 17. Mai 1827. Verordnung vom 25. März 1841 über die Befugniß Ausgaben zu beschließen.

7) Für **Westphalen** Kreisordnung vom 13. Juli 1827, nebst Cabinetsordre vom 7. Februar 1829. Verordnung vom 25. März 1841 über die Befugniß Ausgaben zu beschließen.

8) Für die **Rheinprovinz** Kreisordnung vom 13. Juli 1827, nebst Cabinetsordre vom 7. Februar 1829, 5. April 1836 und Verordnung vom 26. März 1839. Verordnung vom 9. April 1846 über die Befugniß Ausgaben zu beschließen.

Nach gleichen Gesichtspunkten, wie bei der beabsichtigten Umwandlung der Provinzial- und Bezirksvertretungen, wurde seit 1848 auch die Umgestaltung der Kreisstände durch die Verfassungsurkunde Art. 105, die Kreisordnung vom 11. März 1850 Art. 3—31 u. a. vorbereitet, die Ausführung jedoch, nach vorläufiger Reactivirung der Kreisstände durch den Ministerialerlaß vom 15. Mai 1851 [520]), gehemmt. Nach Vernehmung der Provinzialstände wurde 1851—1852 den Kammern ein neuer Entwurf zur Kreisordnung vorgelegt, jedoch nur von der ersten Kammer berathen [521]). Das Ergebniß der Beschlußnahme derselben war die Sistirung der Bildung der Kreisvertretung im Geiste der Ordnung von 1850, durch den Allerhöchsten Erlaß vom 19. Juni 1852 [522]). Der modificirte Entwurf der Kreisordnung wurde nochmals den Provinzialständen zur Begutachtung übergeben [523]) und

520) Nebst den Motiven im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 90 flg.

521) S. die stenographischen Berichte der ersten Kammer 1851—1852 S. 1021 flg.

522) Gesetzsammlung 388.

523) **Rauer** a. a. O. Neue Folge Th. II, S. 318 flg., 329 flg.

die gesammten Materialien den Kammern abermals zur Beschlußnahme mitgetheilt. Diese wird durch die Kammern 1853—1854 erfolgen, nachdem durch die Gesetze vom 24. Mai 1853 die Verfassungsurkunde Art. 105 und die Kreisordnung von 1850 aufgehoben sind.

Nur im Kreise Soest (in der Provinz Westphalen) ist die Kreisordnung vom 11. März 1850 bereits eingeführt, ist aber nach Art. 2 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 der früheren Kreisordnung vom 13. Juli 1827 gewichen, jedoch nach Maßgabe des Art. 6 des Gesetzes mit der Modification, daß, außer den zum Erscheinen auf dem Kreistage nunmehr wieder berechtigten Rittergutsbesitzern, die Vertreter der Gemeinden in der nach Art. 6 der Kreisordnung von 1850 gewählten Anzahl auch fernerhin für Stadt und Land zuzulassen sind.

Auf Antrag der Nationalversammlung[524]) waren durch das Gesetz vom 24. Juli 1848[525]) die oben erwähnten Verordnungen aufgehoben, nach welchen die Kreisstände berechtigt sind, Ausgaben zu beschließen und die Kreiseingesessenen dadurch zu verpflichten. Durch Art. 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 ist diese Befugniß wieder hergestellt.

Im Zusammenhange mit der Kreiseintheilung steht auch die jährlich durch Wahl der Kreisvertretung zu bestellende Commission, behufs der Einschätzung der classificirten Einkommensteuer, nach dem Gesetze vom 1. Mai 1851 §. 21—23[526]).

Die Gemeinden[527]).

Die Organisation und Verwaltung der Gemeinden in Preußen ist bis in die neuere Zeit im wesentlichen von der des übrigen Teutschlands nicht verschieden gewesen. Was insbesondre die Städte betrifft[528]), so hat das französische Princip der Centralisation und der Vernichtung der Selbstständigkeit in Preußen niemals Anklang gefunden, und da, wo der Staat dasselbe vorfand, am linken Rheinufer, war er vielmehr darauf bedacht, an seine Stelle ein reformirtes freieres System zu setzen.

Zur Wiederbelebung des gesunkenen Gemeinsinns in den Städten erging die Städteordnung vom 19. November 1808 für die damals dem Staate angehörigen Gebiete. Bald ergab sich aber das Bedürfniß besonderer Declarationen, welche später zu einer allgemeinen Revision führten, aus der die revidirte Städteordnung vom 17. März 1831

524) S. die Verhandlungen vom 18. Juli 1848, in den stenographischen Berichten S. 727 flg.

525) Gesetzsammlung S. 192.

526) Gesetzsammlung S. 202.

527) Vgl. oben Anm. 370 flg.

528) S. v. Lancizolle, Grundzüge der Geschichte des teutschen Städtewesens, mit besonderer Rücksicht auf die preußischen Staaten, Berlin 1829 8., insbesondre S. 126 flg.

hervorging. In den seit 1815 erworbenen Landestheilen war die vorgefundene Communalverfassung im ganzen unverändert geblieben. Nunmehr erfolgte da, wo die Stände es wünschten, die Einführung der neuen Ordnung. Es geschah dies für diejenigen Städte in Brandenburg und Sachsen, in denen die ältere Städteordnung nicht zur Geltung gekommen war, dann in den meisten Städten Westphalens und Posens, nicht aber in Neuvorpommern und in der Rheinprovinz (mit Ausnahme der Stadt Wetzlar, wo durch Cabinetsordre vom 22. Juli 1839 die revidirte Ordnung eingeführt wurde). In Neuvorpommern und Rügen wurden die aus älterer Zeit hergebrachten Städteordnungen aufrecht erhalten [529]), für die Rheinprovinz aber erging unterm 23. Juli 1845 eine eigene Gemeindeordnung [530]), nach welcher den auf dem Provinziallandtage vertretenen Städten die Verleihung der revidirten Ordnung von 1831 auf ihren Wunsch bewilligt, im übrigen jedoch eine Stadt und Land in gleicher Weise umfassende Organisation festgestellt wurde. Die Verhältnisse der Landgemeinden in den übrigen Provinzen des Staates beruhten auf den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes Theil II, Titel VII, Abschnitt II: Von Dorfgemeinden, mit einzelnen abweichenden Observanzen [531]); nur die Provinz Westphalen erhielt eine eigene Landgemeindeordnung unterm 31. October 1841 [532]); für Schlesien war den Ständen auf ihre Petition eine solche in dem Landtagsabschiede vom 27. December 1845 verheißen.

Im Jahre 1848 führte der Gedanke, daß die bisherige Scheidewand zwischen Stadt und Land mit der Beseitigung der früheren Verschiedenheit der Justiz- und Polizeiverfassung fallen müsse, zu dem Plane, für den ganzen Staat eine gemeinschaftlich alle Gemeinden umfassende Ordnung zu erlassen. Die Regierung legte deshalb der Nationalversammlung den Entwurf einer Gemeindeordnung nebst Motiven unterm 13. August 1848 zur Erklärung vor [533]). Schon am 16. d. M. übergab dagegen ein Theil der Versammlung einen Entwurf des Gesetzes über die Verfassung der Gemeinden, Kreise und Bezirke des Staates vom 10. d. M. zur Berathung [534]). Vor der Beschlußnahme

---

529) M. s. darüber besonders das Provinzialrecht des Herzogthums Neuvorpommern und des Fürstenthums Rügen (Greifswald 1836 8.), Th. VI, das Statutarrecht der Städte.

530) Gesetzsammlung S. 523 flg.

531) S. die Nachweisungen in den Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher zu Th. II, Tit. VII, §. 18 flg. des Allgem. Landrechtes, insbesondre v. Haxthausen, die ländliche Verfassung in den einzelnen Provinzen der preußischen Monarchie, Königsberg 1839 8.

532) Gesetzsammlung S. 297 flg. Verb. Cabinetsordre vom 13. Juni 1842, in der Gesetzsammlung S. 209.

533) Stenographische Berichte S. 786 flg.

534) A. a. O. S. 814 flg.

wurden in der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 104 die Grundzüge einer neu zu entwerfenden Gemeindeordnung aufgestellt und mit Modificationen in der revidirten Verfassung Art. 105 wiederholt: „Ueber die inneren und besonderen Angelegenheiten der Gemeinden beschließen aus gewählten Vertretern bestehende Versammlungen, deren Beschlüsse durch die Vorsteher ausgeführt werden. Ueber die Betheiligung des Staates bei der Anstellung der Gemeindevorsteher und über die Ausübung des den Gemeinden zustehenden Wahlrechtes wird die Gemeindeordnung das Nähere bestimmen. Den Gemeinden steht die selbstständige Verwaltung ihrer Angelegenheiten unter gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staates zu. Ueber die Betheiligung der Gemeinden bei Verwaltung der Ortspolizei bestimmt das Gesetz. Zur Aufrechthaltung der Ordnung kann nach näherer Bestimmung des Gesetzes durch Gemeindebeschluß eine Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr errichtet werden. Die Berathungen der Gemeindevertretungen sind öffentlich. Die Ausnahmen bestimmt das Gesetz. Ueber die Einnahmen und Ausgaben muß wenigstens jährlich ein Bericht veröffentlicht werden."

Diesen Grundzügen gemäß wurde die Gemeindeordnung für den preußischen Staat vom 11. März 1850 erlassen[535]) und alsbald mit ihrer Einführung vorgegangen. Für die Landgemeinden kam sie zuvörderst zur Geltung in der Provinz Preußen im Kreise Stallupöhnen, in der Provinz Sachsen in den Kreisen Wanzleben, Nordhausen, Schleusingen, sowie in vielen Gemeinden der Rheinprovinz und Westphalens. Was die Städte der östlichen Provinzen betrifft, so gelangte sie bis zur Mitte des Jahres 1852 zu vollständiger Durchführung in 245 Städten, zu einer theilweisen, nämlich bis zur Wahl der Gemeinderäthe, in 130 Städten, während in den übrigen bis zu jenem Zeitpunkte erst annäherungsweise die Vorbereitungen getroffen waren. Es erhoben sich nämlich, besonders rücksichtlich der Einführung auf dem platten Lande in den östlichen Provinzen, bald Bedenken. Schon im April 1851 wurden in der ersten Kammer mehrere desfallsige Anträge gestellt und durch die Majorität beschlossen, daß der Regierung dieselben zur Erwägung und zur Vorlage entsprechender abändernder gesetzlicher Bestimmungen überreicht werden sollten[536]). Das Ministerium des Innern veranlaßte darauf die östlichen Provinziallandtage 1851 über eine Denkschrift

---

535) Gesetzsammlung S. 213 flg. Vgl. v. Rönne, die Gemeindeordnung u. s. w. nebst dem Gesetze über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, mit den betreffenden Regierungsentwürfen nebst Motiven und den Commissionsberichten beider Kammern zusammengestellt, und unter Berücksichtigung der Kammerverhandlungen bearbeitet, nebst einem practischen Commentar, Brandenburg a. d. H. 1850 8.

536) S. die stenographischen Berichte S. 1086 f., die Sitzungen vom 14. u. 15. April 1851.

vom 26. August d. J. ihr Gutachten abzugeben, welches dahin ging, unter Berücksichtigung der provinziellen Eigenthümlichkeiten und Verschiedenheiten besondere Ordnungen an die Stelle der allgemeinen Gemeindeordnung zu setzen. Auch die Landtage von Rheinland und Westphalen wünschten eine Modification. Das Ministerium ließ darauf neue Entwürfe ausarbeiten und den Kammern 1851—1852 zur Beschlußnahme vorlegen[537]). Die Angelegenheit kam indessen nicht zum Abschlusse, jedoch in Folge des in beiden Kammern anerkannten Grundsatzes, daß für die Städte ein eigenes Gesetz ergehen solle, weit genug, um durch den Allerhöchsten Erlaß vom 19. Juni 1852 die fernere Einführung der Gemeindeordnung zu sistiren[538]). Die Kammern von 1852—1853 einigten sich darauf sowohl über die von der Regierung beantragte Aufhebung der Gemeindeordnung[539]), als über den Entwurf einer neuen Städteordnung für die östlichen Provinzen der Monarchie[540]). Die Berathung der Städteordnung für Westphalen und die Rheinprovinz wurde auch in der ersten Kammer vollendet, nicht so in der zweiten[541]). Daher sind bisher nur ergangen: das Gesetz vom 24. Mai 1853 wegen Aufhebung der Gemeindeordnung vom 11. März 1850[542]), sowie die Städteordnung vom 30. Mai 1853 für die sechs östlichen Provinzen der Monarchie[543]) und das Gesetz vom 31. Mai 1853, betreffend die Verfassung der Städte in Neuvorpommern und Rügen[544]). Dazu erließ der Minister des Innern die Instructionen vom 5. Juni 1853 wegen Aufhebung der Gemeindeordnung vom 11. März 1850[545]), und vom 20. Juni 1853 zur Ausführung der neuen Städteordnung[546]).

Hiernach gilt die Städteordnung vom 30. Mai 1853 in den bisher auf dem Provinziallandtage im Stande der Städte vertretenen

---

537) S. die stenographischen Berichte der ersten Kammer S. 15 f., 389 f., 762 f. (Sitzung vom 1. December 1851, 23. flg. Februar und 12. März 1852), der zweiten Kammer S. 1373 f. (11. u. flg. Mai 1852).

538) Vgl. die zur Ausführung der Ordre (Gesetzsamml. S. 388) ergangene Instruction des Ministeriums vom 21. Juni 1852 (Staatsanzeiger S. 899. Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 138).

539) S. die stenographischen Berichte der ersten Kammer S. 91 flg., 415 flg. der (Sitzungen vom 7. bis 10. Januar und 24. Februar 1853), zweiten Kammer S. 159 flg. (Sitzungen vom 29. Januar bis 9. Februar 1853).

540) S. die stenographischen Berichte der ersten Kammer S. 161 flg., 240 flg. (Sitzungen vom 25. Januar bis 14. Februar 1853), der zweiten Kammer S. 815 flg., 1044 flg., 1317 flg. (Sitzungen vom 11. bis 16., 23. April u. 4. Mai 1853).

541) S. die stenographischen Berichte der ersten Kammer S. 284 flg., 579 flg. (Sitzungen vom 14. bis 16. Fbr., vom 11. u. 12. März 1853), der zweiten Kammer S. 1122 flg., 1516 flg. (Sitzungen vom 28. April bis 2. u. 11. Mai 1853).

542) Gesetzsammlung S. 238.

543) Gesetzsammlung S. 261 f.

544) Gesetzsammlung S. 291 f.

545) Staatsanzeiger S. 928 f.

546) Staatsanzeiger S. 1041 f.

Städten der Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Schlesien, Posen und Sachsen, desgleichen in den im Stande der Städte nicht vertretenen Ortschaften dieser Provinzen, in welchen bisher eine der beiden Städteordnungen vom 19. November 1808 und vom 17. März 1831 gegolten hat. In Ansehung derjenigen im Stande der Städte auf den Provinziallandtagen nicht vertretenen Ortschaften (Flecken), wo bisher weder eine dieser Städteordnungen gegolten, noch die ländliche Gemeindeverfassung bestanden hat, bleibt die nähere Festsetzung vorbehalten. Für Neuvorpommern und Rügen wird die ältere Verfassung der Städte aufrecht erhalten und in Wolgast und Grimmen, wo die Gemeindeordnung von 1850 eingeführt war, wieder hergestellt. Für jede Stadt soll ein besonderer Receß festgestellt werden. In Rheinland und Westphalen gilt die Gemeindeordnung vom 11. März 1850, wo sie durchgeführt ist, bis zur Emanation eines neuen Gesetzes, wo dies nicht der Fall, gilt die ältere Gemeinde- und Städteverfassung.

Die Stadtgemeinden sind Corporationen, mit gesetzlich geregelter Selbstverwaltung. Die Stadt hat einen Magistrat und eine Stadtverordnetenversammlung. Jener besteht aus einem Bürgermeister, einem Beigeordneten oder zweiten Bürgermeister als dessen Stellvertreter, aus Schöffen (Stadträthen, Rathsherren, Rathsmännern), in Gemeinden von weniger als 2500 Einwohnern 2, von 2500 bis 10000 Einwohnern 4 u. s. w., und wo es das Bedürfniß erfordert, aus einem oder mehreren besonderen Mitgliedern (Syndikus, Kämmerer, Schulrath, Baurath u. s. w.). Die Wahl der Mitglieder des Magistrates erfolgt durch die Stadtverordneten, der Beigeordneten und Schöffen auf sechs, der übrigen auf zwölf Jahre. Bürgermeister und Beigeordnete in Städten von mehr als 10000 Einwohnern werden vom Könige, alle anderen von der Provinzialregierung bestätigt. Der Magistrat hat als Ortsobrigkeit und als Gemeindeverwaltungsbehörde die Gesetze und Verordnungen sowie die Verfügungen der ihm vorgesetzten Behörden auszuführen; die Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung vorzubereiten, resp. zur Ausführung zu bringen; die städtischen Gemeindeanstalten, die Einkünfte der Stadt, ihr Eigenthum zu verwalten, resp. zu beaufsichtigen; die Stadtgemeinde nach Außen zu vertreten; die Gemeindeausgaben und Dienste zu vertheilen und die Beitreibung zu bewirken u. s. w. Dem Bürgermeister liegt ob, insofern nicht einer königlichen Behörde die Ortspolizei übertragen ist, die Handhabung der Polizei, die Verrichtung eines Hilfsbeamten der gerichtlichen Polizei, eines Polizeianwaltes; ebenso alle örtlichen Geschäfte der Kreis-, Bezirks-, Provinzial- und allgemeinen Staatsverwaltung, namentlich auch das Führen der Personenstandesregister, sofern nicht andere Behörden dazu bestimmt sind. Die Stadtverordneten, 12 in Städten von weniger als 2500 Einwohnern, 18 in Gemeinden bis 5000 u. s. w., werden durch die stimmfähigen Bürger gewählt. Die Gewählten müssen zur Hälfte aus Hausbesitzern (Eigenthümern, Nießbrauchern und solchen,

die ein erbliches Besitzrecht haben) bestehen. Die Stadtverordnetenversammlung hat über alle Gemeindeangelegenheiten zu beschließen, soweit sie nicht dem Magistrat überwiesen sind; sie giebt über alle ihr von den Aufsichtsbehörden vorgelegten Gegenstände ihr Gutachten ab. Die Stadtverordneten sind an keinerlei Instruction oder Aufträge der Wähler oder Wahlbezirke gebunden. Ihre Beschlüsse, wenn sie solche Angelegenheiten betreffen, welche durch das Gesetz dem Magistrate zur Ausführung überwiesen sind, bedürfen der Zustimmung des letzteren. Im Falle des Conflictes entscheidet die Regierung. Die Stadtverordnetenversammlung controlirt die Verwaltung und ist daher berechtigt, sich von der Ausführung ihrer Beschlüsse und der Verwendung aller Gemeindeeinnahmen Ueberzeugung zu verschaffen. An ihrer Spitze steht ein von ihr gewählter Vorsitzender oder dessen Stellvertreter. Zu ihren Versammlungen wird der Magistrat eingeladen; daß Abgeordnete desselben anwesend sind, können die Stadtverordneten verlangen. Die Stadtverordnetenversammlung kann nur beschließen, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder zugegen ist; es sei denn, daß die Stadtverordneten, zum zweiten Male zur Verhandlung über denselben Gegenstand berufen, dennoch nicht in genügender Anzahl erschienen sind. Die Sitzungen sind öffentlich, falls nicht für einzelne Gegenstände eine Ausnahme beschlossen wird. Die Stadtverordneten beschließen über die Benutzung des Gemeindevermögens[547]). Die Genehmigung der Regierung ist erforderlich: 1) zur Veräußerung von Grundstücken und solchen Gerechtsamen, welche jenen gesetzlich gleichgestellt sind; 2) zur Veräußerung oder wesentlichen Veränderung von Sachen, welche einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwerth haben, namentlich von Archiven; 3) zu Anleihen, durch welche die Gemeinde mit einem Schuldenbestande belastet oder der bereits vorhandene vergrößert wird, und 4) zu Veränderungen in dem Genusse von Gemeindenutzungen (Wald, Weide, Haide, Torfstich und dergleichen). Durch Gemeindebeschluß kann die Erhebung eines Einzugsgeldes, eines Eintritts- oder Hausstandsgeldes (bei Begründung eines selbstständigen Hausstandes) angeordnet werden. Reichen die Einnahmen aus dem städtischen Vermögen nicht hin, so können die Stadtverordneten auch die Aufbringung von Gemeindesteuern beschließen, wobei es aber in den meisten Fällen der Genehmigung der Regierung bedarf. Die Gemeinde kann durch Beschluß der Stadtverordneten zu Hand- und Spanndiensten behufs Ausführung von Gemeindearbeiten verpflichtet werden; die Dienste werden in Geld abgeschätzt, die Vertheilung geschieht nach dem Maßstabe der Gemeindeabgaben oder in deren Ermangelung der directen Steuern.

In Städten von nicht mehr als 2500 Einwohnern kann übrigens die Zahl der Stadtverordneten bis auf sechs vermindert und statt des

---

547) Städteordnung §. 49, welche die Declaration vom 26. Juli 1847 (Gesetzsammlung S. 327) als maßgebend bezeichnet.

Magistrates nur ein Bürgermeister, welcher den Vorsitz in der Stadtverordnetenversammlung mit Stimmrecht zu führen hat, und zwei oder drei Schöffen gewählt werden.

Die Aufsicht des Staates über die Gemeindeangelegenheiten erfolgt im allgemeinen durch die Regierung, in den höheren Instanzen durch den Oberpräsidenten und den Minister des Innern.

Für die Landgemeinden ließ das Ministerium den Kammern 1851—1852 besondere Entwürfe zu einem allgemeinen Gesetze über die provinziellen Landgemeindeordnungen, zu einem Gesetze über die ländliche Gemeinde- und Polizeiverfassung in den sechs östlichen Provinzen, über die Verfassung der Landgemeinden in Westphalen und die Gemeindeverfassung in der Rheinprovinz vorlegen. Die erste Kammer unterzog sich der Berathung [548]), die zweite kam nicht mehr dazu. Die auf Grund der von den Provinziallandtagen im Jahre 1852 eingeholten Gutachten umgearbeiteten Entwürfe wurden den Kammern abermals 1852—1853 überwiesen, fanden aber auch jetzt nur in der ersten Kammer ihre Erledigung [549]), so daß erst in den Kammern von 1853—1854 die definitive Feststellung wird erfolgen können. Bis zu einer solchen sind, nach Aufhebung der Gemeindeordnung vom 11. März 1850, die früheren Gesetze und Verordnungen, soweit sie noch gar nicht beseitigt waren, wieder in volle Wirksamkeit getreten, da aber, wo sie durch die neue Gemeindeordnung verdrängt worden, nunmehr wieder zur Geltung gelangt [550]).

Die Besitzer der in einem Dorfe oder in dessen Feldmark gelegenen bäuerlichen Grundstücke machen zusammen die Dorfgemeinde aus, welche die Rechte der öffentlichen Corporationen hat. Der Schulze oder Dorfrichter ist der Vorsteher der Gemeinde. Er wird von der Gutsherrschaft ernannt, insofern nicht das Amt mit dem Besitze eines bestimmten Gutes verbunden ist [551]). Es kommt ihm zu, bei nöthigen Berathschlagungen die Gemeinde zusammen zu rufen, die Versammlung zu dirigiren und den Schluß nach der Mehrheit der Stimmen abzufassen. Er muß der Gemeinde die Gesetze, Verordnungen und obrigkeitlichen Verfügungen bekannt machen und für deren Befolgung sorgen. Bei öffentlichen Arbeiten, Diensten, bei Vertheilung von Einquartierungen führt er die Aufsicht. Dem Schulzen gebührt, mit Zuziehung der Schöppen oder Dorfgerichte, die Verwaltung des Vermögens der

---

548) Vgl. die stenographischen Berichte der ersten Kammer S. 536 f., 633 f., 653 f., 681 f. Verh. S. 779, 780.

549) Vgl. die stenographischen Berichte der ersten Kammer S. 331 f., 459 f.

550) S. die Instruction vom 5. Juni 1853 (Anm. 545).

551) Riedel, über die Dorfschulzen in den Ländern, östlich der Elbe, in den Beiträgen zur Kunde des teutschen Rechtes, Königsberg 1834 8.

Gemeinde. Auf Befolgung der Dorf- und Landespolizeiordnungen[552]) zu halten, liegt ihm vorzüglich ob. Dem Schulzen werden von der Obrigkeit zwei Schöppen oder Gerichtsmänner beigeordnet, die ihm in seinen Amtsverrichtungen beizustehen und in Abwesenheit oder bei Verhinderungen ihn zu vertreten haben. Die höhere Aufsicht führen der Landrath und die Regierungen[552a]).

Die Innungen.

Durch die Einführung der Gewerbefreiheit und die Aufhebung des Zunftzwanges (s. oben Anm. 380 flg.) ist keineswegs das Fortbestehen der Innungen, Gilden, Zünfte gehindert worden. Dieselben sind daher vielfach erhalten worden und haben in Folge der späteren Gesetzgebung sich neu gebildet. Die älteren Vorschriften des allgemeinen Landrechtes Theil II, Titel VII, §. 179 flg. sind durch die schon oben erwähnten Gesetze in den wesentlichsten Beziehungen umgestaltet. Nach der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 §. 94 flg. dauern alle zur Zeit gesetzlich bestehenden Corporationen von Gewerbetreibenden (ältere Innungen) ferner fort. Doch soll die Befugniß zum Betrieb eines Gewerbes, für welches in dem Orte oder Districte eine solche Corporation (Innung) besteht, von dem Beitritt zu derselben nirgends abhängig sein. Die Statuten der älteren Innungen sollen revidirt, soweit es nöthig ist, abgeändert und durch die Ministerien bestätigt werden. Wo es an einer älteren Innung fehlt, können diejenigen, welche an demselben Orte gleiche oder verwandte Gewerbe selbstständig betreiben, zu einer neuen Innung zusammentreten. Sie erhalten durch die Bestätigung ihrer Statuten die Rechte einer Corporation. Durch ein Circularrescript der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 4. Februar 1848 ist ein Normalinnungsstatut, zur Benutzung für die Ausarbeitung von Specialstatuten bekannt gemacht[553]) und demgemäß auch verfahren. Der Zweck der neu zu gründenden Innungen besteht in der Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen; insonderheit sollen die Innungen 1) die Aufnahme, die Ausbildung und das Betragen der Lehrlinge, Gesellen und Gehilfen der Innungsgenossen beaufsichtigen; 2) die Verwaltung der Kranken-, Sterbe-, Hilfs- und Sparkassen der Innungsgenossen leiten; 3) der Fürsorge für ihre Wittwen und Waisen, namentlich durch Förderung der Erziehung und des gewerblichen Fortkommens der Waisen sich zu unterziehen. Jedes

---

552) Außer den Localverordnungen kommen dabei besonders in Betracht die Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 (Gesetzsammlung S. 376 f.), das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 (Gesetzsammlung S. 265 f.).

552a) S. unten bei der Verwaltung, und überhaupt Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 514 flg.

553) Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 102 flg.

neu aufzunehmende Mitglied muß die Befähigung zum Betriebe seines Gewerbes besonders nachweisen[553a]). Jede Innung hat Vorsteher, welche von den Mitgliedern gewählt und der Communalbehörde bestätigt werden. Streitigkeiten über die Aufnahme und Ausschließung von Mitgliedern, sowie über die Rechte und Pflichten derselben und der Vorstände sind von der Communalbehörde zu entscheiden. Dagegen steht der Recurs an die Regierung offen. Die Innungen oder deren Vorsteher sind vorzugsweise berufen, sachverständige Gutachten in Angelegenheiten ihrer Gewerbe abzugeben.

Im ganzen sind nach denselben Grundsätzen die kaufmännischen Corporationen zu beurtheilen; für sie besteht indessen der wesentliche Unterschied, daß der Erwerb der kaufmännischen Rechte in der Regel durch den Beitritt zur Corporation bedingt ist. Die Vorschrift des allgemeinen Landrechtes Th. II, Tit. VIII, §. 479 f. ist sowohl durch die Statuten der einzelnen Corporationen[554]), als durch §. 94 der allgemeinen Gewerbeordnung aufrecht erhalten[555]).

Ergänzende und modificirende Bestimmungen enthalten die Verordnungen vom 11. Februar 1848 über die Errichtung von Handelskammern sowie vom 9. Februar 1849, betreffend die Errichtung von Gewerberäthen und von Gewerbegerichten[556]).

Nach der Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 11, Nr. 2 ist den gewerblichen Genossenschaften bei Eintheilung der stimmfähigen Bürger und bei Bildung der Wahlversammlungen eine angemessene Berücksichtigung zu gewähren. In der Instruction zur Ausführung der Städteordnung vom 20. Juni 1853 Nr. VII ist diese Rücksichtnahme besonders empfohlen und zugleich an die Hand gegeben, in welcher Weise jene Vorschrift auszuführen sein würde.

553a) Ueber die Prüfung vgl. Verordnung vom 9. Februar 1849 über die Errichtung der Gewerberäthe §. 37 flg. (Gesetzsammlung S. 101 f.). Anweisung für die Prüfungscommissionen vom 31. März 1849, verb. mit dem Circular vom 19. März 1853 (beide im Staatsanzeiger 1853 S. 689 f.).

554) S. Statut für die Corporation der Kaufmannschaft in Berlin vom 2. März 1820 (Gesetzsammlung S. 46), in Stettin vom 15. November 1821 (a. a. O. S. 194), in Danzig vom 25. April 1822 (a. a. O. S. 130), in Memel vom 21. Mai 1822 (a. a. O. S. 153), in Tilsit vom 22. April 1823 (a. a. O. S. 92), in Königsberg vom 25. April 1823 (a. a. O. S. 77), in Elbing vom 27. April 1824 (a. a. O. S. 85), in Magdeburg vom 9. April 1825 (a. a. O. S. 25).

555) Nach dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 2. August 1845 (Entscheidungen des Obertribunals Bd. XII, S. 342) hängt da, wo noch ältere Kaufmannsinnungen bestehen, der Erwerb kaufmännischer Rechte nicht von dem Beitritt zu denselben ab.

556) In der Gesetzsammlung 1848 S. 63 f., 1849 S. 93 flg., S. 110 flg. Vgl. über die Handelskammern und Gewerbegerichte noch unten die Darstellung der Gerichtsverhältnisse.

Die Verwaltung des preußischen Staates[557]).

Die ältere Einrichtung der Behörden des preußischen Staates stimmt im wesentlichen mit der in ganz Teutschland überein[558]). Die eigenthümlichen Anordnungen, welche Friedrich der Große traf[559]), erfuhren aber seit dem Anfange des jetzigen Jahrhundertes durchgreifende Veränderungen. Es beruhen dieselben auf der Verordnung vom 16. December 1808, betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden in Beziehung auf die innere Landes- und Finanzverwaltung[560]), demnächst auf der Verordnung vom 27. October 1810 über die Veränderung aller obersten Staatsbehörden[561]), auf der Verordnung vom 30. April 1815 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden[562]), der Verordnung vom 3. November 1817, betreffend die veränderte Anordnung der Ministerien und den Geschäftskreis des gesammten Staatsministeriums[563]) und verschiedenen späteren Erlassen, Declarationen und Instructionen, welche bei der Darstellung der einzelnen Behörden selbst anzuführen sein werden.

A. Centralbehörden.

I. Der Staatsrath. Unterm 13. December 1604 errichtete Kurfürst Joachim Friedrich einen geheimen Staatsrath, welcher, von den besonders dazu genommenen Staatsministern gebildet, mit der höchsten Verwaltung betraut wurde[564]). Die im Jahre 1808 in Aussicht gestellte Umwandlung erfolgte durch die Verordnung vom 27. October 1810, die Cabinetsordre vom 3. Juni 1814[565]), die Verordnung vom 20. März 1817, betreffend die Einführung des Staatsrathes[566]) und die Verordnung vom 6. Januar 1848 über die Vereinfachung der Berathungen des Staatsrathes[567]). Der Staatsrath

---

557) Vgl. Rumpff, Organismus des preußischen Staates, Berlin 1836 8. Simon, Staatsrecht Bd. I, S. 49 flg. Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher zum Allg. Landrecht Th. II, Tit. X flg.; insbesondre das früher jährlich erschienene Handbuch für den preußischen Hof und Staat, das seit 1851 unter dem Titel: Königlich preußischer Staatskalender, Berlin gr. 8. herausgegeben wird.

558) S. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Theil IV, §. 549, 550.

559) Preuß, Friedrich der Große, Berlin 1832—34 8. Eichhorn a. a. O. §. 613.

560) Nov. C. C. Tom. XII. S. 527 f. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. VII, S. 252 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. IX, S. 383 flg.

561) Gesetzsammlung S. 3 f.

562) Gesetzsammlung S. 85 f.

563) Gesetzsammlung S. 289 f.

564) Cosmar und Klaproth: Versuch einer Geschichte des königlich preußischen Wirklichen Geheimen Staatsrathes, Berlin 1805 8.

565) Gesetzsammlung S. 66.

566) Gesetzsammlung S. 67 f.

567) Gesetzsammlung S. 15 f.

hörte hiernach auf, Antheil an der Verwaltung zu haben und wurde die höchste berathende Behörde. Zu seinem Wirkungskreise wurden die Grundsätze gewiesen, nach denen die Verwaltung erfolgen soll, also alle Gesetze, Verfassungs- und Verwaltungsnormen u. s. w., deren Vorschläge durch ihn zur allerhöchsten Sanction gelangen; ferner Streitigkeiten über den Wirkungskreis der Ministerien, sowie diejenigen Angelegenheiten, welche der König nach freier Bestimmung ihm zu überweisen für gut findet. Den Vorsitz hat der König selbst oder der von ihm ernannte Präsident. Mitglieder desselben sind a) die Prinzen des königlichen Hauses, welche das achtzehnte Jahr erreicht haben; b) Staatsdiener, welche durch ihr Amt dazu berufen sind (Feldmarschälle, wirkliche Staatsminister, der erste Präsident des Obertribunals, der Chefpräsident der Oberrechnungskammer, der geheime Cabinetsrath, sowie derjenige Officier, der den Vortrag beim Könige in Militärsachen hat, die commandirenden Generale in den Provinzen und die Oberpräsidenten, wenn sie in der Residenz anwesend sind [568])); c) Staatsdiener, welchen das besondere Vertrauen des Königes Sitz und Stimme beilegt. Es werden Plenar- oder engere Versammlungen gehalten, in welchen nur völlig instruirte Sachen zur Berathung gelangen. Die Begutachtung erfolgt in der Regel in einer engeren Versammlung, welche, unter dem Vorsitze des Präsidenten, besteht 1) aus sämmtlichen Mitgliedern des Staatsministeriums; 2) dem Staatssecretär; 3) der vorbereitenden Hauptabtheilung; 4) mindestens zwei Mitgliedern der Nebenabtheilungen für die Vorberathung; 5) aus zwei oder mehreren anderen Mitgliedern des Staatsrathes; auch haben die Prinzen Zutritt zur Versammlung. Die Vorbereitung erfolgt in einer der besonderen Abtheilungen, aus 5 bis 13 Mitgliedern gebildet, für die auswärtigen Angelegenheiten, das Kriegswesen, die Justiz, die Finanzen, das Innere, die Polizei, den Handel, Cultus und Erziehung. Einer besonderen Commission ist die Prüfung und Berichtigung der Fassung der Gesetzesentwürfe übertragen. Der so gebildete Staatsrath wurde am 20. März 1817 eröffnet, ist seit 1848 nicht in Function, deren Erneuerung indessen bevorsteht.

In Verbindung mit dem Staatsrathe steht das Staatssecretariat. Aus Mitgliedern des Staatsrathes wird der Gerichtshof zur Entscheidung der Competenzconflicte gebildet [569]).

II. Das Staatsministerium. Sämmtliche die Verwaltung leitenden Staatsminister bilden das Staatsministerium, als die höchste verwaltende Behörde. Der Vorsitzende wird vom Könige bestimmt. Die Cabinetsordre vom 3. Juni 1814, betreffend die Anordnung des Staatsministeriums aus den Geschäftskreisen der Ministerien

568) Declaration vom 5. April 1817, in der Gesetzsammlung S. 122.

569) Gesetz vom 5. April 1847, in der Gesetzsammlung S. 170. Vgl. das Speciellere über diesen Gerichtshof unten Anm. 819.

der auswärtigen Angelegenheiten, der Justiz, des Krieges, und des Innern[570]), erklärte dazu den Staatskanzler. Hierbei verblieb es nach der Verordnung vom 3. November 1817, betreffend die veränderte Anordnung der Ministerien und den Geschäftskreis des gesammten Staatsministeriums[571]), und nach der Cabinetsordre vom 11. Januar 1819 über die anderweitige Departementseintheilung des Ministeriums und die Anordnung eines Ministeriums des königlichen Hauses[572]). Später wurde das Präsidium dem Kronprinzen, zuletzt dem Ministerpräsidenten übertragen. Dem Staatsministerium ist durch die Verfassungsurkunde Art. 57, im Falle eine Regentschaft nothwendig wird, die Berufung der Kammern aufgetragen, sowie die Verantwortlichkeit bis zur Eidesleistung des Regenten. Unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums werden auch nach Art. 63 Verordnungen mit Gesetzeskraft erlassen.

a) Unmittelbar unter dem Staatsministerium steht:

der Disciplinarhof für nicht richterliche Beamte, von welchen die Berufung an das Staatsministerium selbst geht[573]).

b) Unter der oberen Leitung des Präsidenten des Staatsministeriums stehen:

die Generalcommission in Angelegenheiten der königlichen Orden, nach der Verordnung vom 22. Januar 1850; die Archive (das geheime Staats- und Cabinetsarchiv, sowie die Archive in den Provinzen, welche der näheren Aufsicht der betreffenden Oberpräsidien untergeben sind); die Centralstelle für Preßangelegenheiten, von welcher das Institut des preußischen Staatsanzeigers ressortirt.

c) Unter der gemeinschaftlichen Leitung des Präsidenten des Staatsministeriums und des Finanzministeriums steht:

die Verwaltung des Staatsschatzes und des Münzwesens.

d) Unter der speciellen Leitung des Ministers des Innern und der Finanzen steht:

die Oberexaminationscommission für den Geschäftskreis der Regierungen; auch ist dem Staatsministerium die Geheime Oberhofbuchdruckerei untergeben.

III. Die einzelnen Ministerien selbst.

Die Vertheilung der gesammten Verwaltung unter die einzelnen Minister ist nach mannigfaltigem Wechsel gegenwärtig folgende.

570) Gesetzsammlung S. 40 f.
571) Gesetzsammlung S. 289 f.
572) Gesetzsammlung S. 2.
573) S. Verordnung vom 20. Juli 1852 (Gesetzsammlung S. 468 f.) vgl. unten.

1) Das Ministerium des königlichen Hauses. Dasselbe ist eingerichtet durch die Cabinetsordre vom 11. Januar 1819[574]), die ursprünglichen Ressortverhältnisse sind aber durch spätere Erlasse, insbesondre die Cabinetsordre vom 26. Februar 1835, 11. Febr. 1838, 17. April und 3. October 1848 verändert[574a]). Gegenwärtig gehören vor dieses Ministerium: die Angelegenheiten des königlichen Hauses, ferner alle Geschäfte, welche königliche und prinzliche Hofsachen, höhere Hofämter und die Verwaltung des Kronfideicommißfonds, Krontresors und königlichen Familienfideicommisses betreffen. Einer zweiten Abtheilung ist die obere Leitung der Verwaltung der königlichen Hausfideicommißgüter übertragen.

Unter dem Ministerium stehen das königliche Hausarchiv, die Hofkammer der königlichen Familiengüter, das königliche prinzliche Familienfideicommiß[574b]).

2) Das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten. Die bereits im Jahre 1808 bezeichneten Gegenstände, welche von diesem Ministerium ressortiren, sind alle diejenigen, welche die Verhältnisse mit fremden Mächten und die Verhandlungen mit fremden Regierungen betreffen. Die Geschäfte werden in zwei Abtheilungen bearbeitet. Die erste umfaßt die äußeren Angelegenheiten des Staates im allgemeinen, die Communication mit den fremden Geschäftsträgern, ihre Legitimation und Präsentation, sowie die Instruction der preußischen Gesandtschaften über die höhere Politik. Die zweite Abtheilung hat alle Geschäfte des auswärtigen Departements, welche sich auf die innere Verfassung und Verwaltung des Staates oder auf den Handel und die Privatangelegenheiten der Unterthanen beziehen, Consulat-, Grenz-, Post- und andere Sachen, welche nicht zu den höheren politischen Angelegenheiten gehören. Unter der unmittelbaren Leitung des Ministers steht das Departement für die Angelegenheiten des Fürstenthums Neuenburg und Valendis. Bei der Bestellung der Consulate concurrirt das Ministerium der Finanzen und Handels, nach der Cabinetsordre vom 19. December 1816[575]).

3) Das Ministerium der Finanzen. Die Organisation desselben beruht auf den Anordnungen des Jahres 1808 und den späteren Modificationen nach dem Befehle vom 24. April 1812[576]), der Cabinetsordre vom 26. November und 13. December 1813[577]),

---

574) Gesetzsammlung S. 2.

574a) Sämmtlich in der Gesetzsammlung und weiter unten specieller berührt.

574b) Nach der Stiftungsurkunde steht das letztere unter der Verwaltung des Hausministers und unter der gemeinschaftlichen Curatel der Minister des königl. Hauses und der Justiz.

575) Gesetzsammlung von 1817 S. 6.

576) Gesetzsammlung S. 45.

577) Gesetzsammlung von 1813 S. 126, 1814 S. 3.

vom 3. Juni 1814, vom 3. November und 2. December 1817, 8. Juni 1825, 21. März 1829, 26. Januar 1835, 4. April 1837, 11. Januar 1838, 17. April 1848 (sämmtlich in der Gesetzsammlung). Das Ministerium besteht gegenwärtig aus drei Abtheilungen, mit besonderen Directoren: 1) für Domainen und Forste, 2) für die Verwaltung der Steuern, 3) für Kassen und Etats. Vom Finanzministerium ressortiren, und zwar von der ersten Abtheilung, die höhere Forstlehranstalt zu Neustadt-Eberswalde, von der zweiten das Hauptstempelmagazin, das Stempelfiscalat und die Erbschaftsstempelverwaltung für Berlin und den Regierungsbezirk Potsdam, die Provinzialsteuerkasse für die Provinz Brandenburg und Realisationskasse der Kassenanweisungen, die Salzfactorei in Berlin, das Hauptsteueramt für inländische Gegenstände in Berlin nebst dem Wechselstempelamt, das Hauptsteueramt für ausländische Gegenstände in Berlin, das Gewerbesteueramt. Von der dritten Abtheilung ressortiren die Generallotteriedirection, die Generaldirection der allgemeinen Wittwenverpflegungsanstalt, das geheime Ministerialarchiv.

Dem Finanzminister sind untergeordnet: die Seehandlung, das königliche Leihamt. Den ersten Grund zur Seehandlung legte Friedrich II. 1772. Im Jahre 1820 wurde sie als „Generaldirection der Seehandlungs-Societät" mit allem Comptoirs zu einem selbstständigen Institute erhoben[578]), mit der Aufgabe, als Banquier des Staates zu fungiren, insbesondre durch Betrieb des Ausfuhrhandels mit vaterländischen Producten, daher auch durch Rhederei und vorzüglich durch Unterstützung von Privatunternehmungen, wobei mannigfache Privilegien bestehen[579]). Das königliche Leihamt ist 1834 von Seiten der Seehandlung gegründet und verfährt nach dem Reglement vom 8. Februar d. J.[580]).

Der oberen Leitung des Finanzministers unterliegt als eine, von der allgemeinen Finanzverwaltung abgesonderte, selbstständige und für

---

578) Cabinetsordre vom 17. Januar 1820 in der Gesetzsammlung S. 25.

579) Da die Seehandlung ihrer Bestimmung gemäß auch auf dem inländischen Markte als selbstständiger Gewerbtreibender und Fabrikant auftrat, wurden ihr mannigfache Vorwürfe gemacht, deren Widerlegung, zugleich mit einer Darstellung ihrer gesammten Wirksamkeit, in einer amtlichen Denkschrift erfolgte: Die Verhältnisse des königlichen Seehandlungsinstitutes, dessen Geschäftsführung und industrielle Unternehmungen, Berlin 1845 4. Bei der Veräußerung verpfändeter Wolle ist die Seehandlung von gerichtlicher Einwirkung befreit, nach der Cabinetsordre vom 20. Mai 1826 (Gesetzsammlung S. 44). Es wird ihr überhaupt durch die Cabinetsordre vom 31. Januar 1827 (Gesetzsammlung S. 24) die Befugniß zum außergerichtlichen Verkaufe der ihr verpfändeten Effecten beigelegt.

580) Das Reglement nebst der Cabinetsordre vom 25. Februar 1834 findet sich in der Gesetzsammlung S. 23 flg. Verb. den Allerhöchsten Erlaß vom 12. August 1850, in der Gesetzsammlung S. 370.

gewisse Geschäfte unbedingt verantwortliche Behörde: die Hauptverwaltung der Staatsschulden, mit der Staatsschuldentilgungskasse, der Controlle der Staatspapiere und der Staatsschulden-Commission zu Berlin. Ihre Einrichtung beruht auf der Verordnung vom 24. Februar 1850[581]). Ihr unterliegt auch die Verwaltung des Provinzialschuldenwesens[582]), sowie die Verwaltung der von den Beamten eingezahlten Cautionen[583]).

4) Das Ministerium der geistlichen, Unterrichts- und Medicinalangelegenheiten. Bis zum Jahre 1817 gehörte das Medicinalwesen zur Abtheilung der allgemeinen Polizei im Ministerium des Innern, der Cultus und öffentliche Unterricht bildete in demselben Ministerium unter der speciellen Aufsicht eines eigenen Directors eine besondere Abtheilung. Die Verordnung vom 3. November 1817 Nr. III[583a]) setzte aber fest: der Minister des Innern giebt das Departement für den Cultus und öffentlichen Unterricht und das damit in Verbindung stehende Medicinalwesen ab. Die Würde und Wichtigkeit der geistlichen und der Erziehungs- und Schulsachen macht es räthlich, diese einem eigenen Minister anzuvertrauen. Seitdem besteht dieses Ministerium zuerst in drei, gegenwärtig in vier Abtheilungen: 1) für die äußeren evangelischen Kirchenangelegenheiten; 2) für die katholischen Kirchenangelegenheiten; 3) für die Unterrichtsangelegenheiten; 4) für die Medicinalangelegenheiten. In Betreff der letzteren hat der Allerhöchste Erlaß vom 22. Juni 1849 bestimmt, daß die gesammte Medicinalverwaltung, mit Einschluß der Medicinal- und Sanitätspolizei auf dieses Ministerium übergehen solle[583b]).

Es ressortiren von diesem Ministerium: die königliche Academie der Wissenschaften zu Berlin, unter dem Protectorat des Königes; ebenso die königliche Academie der Künste zu Berlin, mit den von derselben abhängenden Kunst-, Bau- und Handwerksschulen in den Provinzen; ferner die Kunstacademie zu Königsberg und Düsseldorf, die königlichen Museen zu Berlin, der Verein zur Beförderung des Gartenbaues in den königlichen Staaten, die wissenschaftlichen Anstalten zu Berlin, (die königliche Bibliothek, die Sternwarte, das chemische Laboratorium, der königliche botanische und zoologische Garten, das königliche Herbarium), die Universitäten zu Berlin, Bonn, Breslau, Greifswald, Königsberg,

---

581) Gesetzsammlung S. 57 flg. Dieses Gesetz tritt an die Stelle des vom 17. Januar 1820 §. VIII—XVI (Gesetzsammlung S. 9).

582) Cabinetsordre vom 2. November 1822, in der Gesetzsammlung S. 229.

583) Cabinetsordre vom 11. Februar 1832 Nr. 6, in der Gesetzsammlung S. 62.

583a) Gesetzsammlung S. 289.

583b) Gesetzsammlung S. 335.

Münster, die philosophisch-theologische Lehranstalt des Seminarium Theodorianum zu Paderborn, das Predigerseminar zu Wittenberg, das Seminar für gelehrte Schulen zu Berlin und Breslau, das Lyceum Hosianum zu Braunsberg mit einer philosophischen und theologischen Facultät, die wissenschaftliche Deputation für das Medicinalwesen zu Berlin, die Direction des Charité-Krankenhauses und der Thierarzneischule zu Berlin, die Oberexaminationscommission für die höheren Staatsprüfungen der Medicinalpersonen in Berlin, die perpetuirliche Commission zur Aufrechthaltung der Hofapotheke zu Berlin, das Domkirchencollegium.

Hierher gehört auch als Centralbehörde der evangelische Oberkirchenrath.

Die obere Leitung der Angelegenheiten der evangelischen Landeskirche war früher dem reformirten Kirchendirectorium (gestiftet am 10. Juli 1713), dem französischen Oberconsistorium (am 26. Juli 1701) und dem lutherischen Oberconsistorium (am 4. October 1750) für die teutsch-, französisch-Reformirten und Lutherischen resp. übertragen [584]). Bei der Umgestaltung der Behörden im Jahre 1808 und 1809 wurden diese kirchlichen Organe aufgehoben und ihre Functionen dem Ministerium des Innern, seit 1817 dem Ministerium der geistlichen Angelegenheiten überwiesen [585]). Auf den Vorschlag der Generalsynode von 1846 wurde aber durch die Verordnung vom 28. Januar 1848 ein evangelisches Oberconsistorium errichtet [586]), welches dazu dienen sollte, die Selbstständigkeit der evangelischen Kirche anzubahnen. Noch ehe dasselbe jedoch in Wirksamkeit trat, erfolgte nach der Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 15. April 1848 die Wiederauflösung desselben [587]). Das Bedürfniß eines Organes zur selbstständigen Verwaltung der inneren kirchlichen Angelegenheiten führte nunmehr zu der Aushilfe, daß die evangelische Abtheilung des Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten damit durch den Allerhöchsten Erlaß vom 26. Januar 1849 betraut wurde [588]). Gemäß Cabinetsordre vom 29. Juni 1850, betreffend die Grundzüge einer Gemeindeordnung, und die Einsetzung

---

584) S. Jacobson, Geschichte der Quellen des preußischen Kirchenrechtes Th. I, Bd. II, S. 100, 101, 111. Die Urkunde über die Fundation des reformirten Kirchendirectoriums und die Instruction für das lutherische Oberconsistorium sind abgedruckt in den amtlichen Mittheilungen aus der Verwaltung der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten, Jahrgang I (Berlin 1847 8.) Heft 5.

585) Jacobson a. a. O. S. 209 flg.

586) Gesetzsammlung S. 28.

587) Allgem. preußische Zeitung 1848 Nr. 107. Gesetzsammlung S. 114

588) Gesetzsammlung S. 125. Verb. die Circulare vom 7. u. 13. Februar 1849, im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 13, 17. S. überhaupt Actenstücke aus der Verwaltung der Abtheilung des Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten für die inneren evangelischen Kirchensachen, Berlin 1850.

des evangelischen Oberkirchenrathes, nebst Ressortreglement für die evangelische Kirchenverwaltung 589), ist der evangelische Oberkirchenrath an die Stelle der Ministerialabtheilung getreten.

5) Das Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten. Durch die Verordnung vom 27. October 1810 wurden im Ministerium des Innern besondere Abtheilungen für den Handel und die Gewerbe, sowie für das Postwesen bestimmt. Durch Cabinetsordre vom 3. Juni 1814 wurde das letztere selbstständig dem General-Postmeister überwiesen. Die Handelssachen gingen nach der Cabinetsordre vom 2. December 1817 auf ein eigenes Handelsministerium über, welches aber durch die Cabinetsordre vom 8. Juni 1825 wieder aufgelöst und dem Ministerium des Innern einverleibt wurde, soweit nicht einzelne Gegenstände an's Finanzministerium fielen 590). Für die Gewerbeangelegenheiten wurde unterm 12. Januar 1835 ein eigenes Ministerium errichtet, indessen schon durch Cabinetsordre vom 13. December 1837 wieder aufgehoben 591). Der zum Ersatze eingeführte Handelsrath und das Handelsamt (Verordnung vom 7. Juni 1844) 592) befriedigten das Bedürfniß nicht; daher in Folge wiederholter Anträge der Provinzialstände und einer Petition des vereinigten Landtages von 1847 593) sich der König entschloß, ein Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten zu bilden, welches vorzugsweise auch den arbeitenden und gewerbtreibenden Classen der städtischen wie der ländlichen Bevölkerung seine Fürsorge widmen sollte. Nach der Cabinetsordre vom 27. März und dem Erlasse an das Staatsministerium vom 17. April 1848 593a) wurde das neue Ministerium aus den in sein Ressort fallenden Geschäften des Finanzministeriums, sowie des Ministeriums des Innern gebildet, ihm auch das Postdepartement und die Geschäfte des Handelsamtes einverleibt. Die landwirthschaftlichen Angelegenheiten sind bald darauf wieder abgezweigt (s. bei Nr. 8). Das Ministerium besteht aus fünf Abtheilungen. Die erste Abtheilung macht das General-Postamt aus 594), das unter einem General-Postdirector steht und zu dessen Ressort die Telegraphendirection 594a), die Oberpostdirection

---

589) Gesetzsammlung S. 343 f. Vgl. Actenstücke aus der Verwaltung des evangelischen Oberkirchenrathes, Berlin 1851 flg.

590) Gesetzsammlung für 1817 S. 304, für 1825 S. 151.

591) S. Reglement vom 25. Februar 1835 (v. Kamptz Jahrbücher Bd. XLV, S. 237.). Cabinetsordre vom 11. Januar 1838, Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 17. Januar 1838 (Gesetzsammlung S. 10, 11.).

592) Gesetzsammlung S. 148.

593) Vgl. die Allgemeine preußische Zeitung 1847 Nr. 149.

593a) Gesetzsammlung S. 159.

594) S. Verordnung vom 1. October 1849, im Ministerialblatt des Innern S. 207.

594a) Vgl. Verordnung vom 23. März 1849 betreffend die Einsetzung der Telegraphendirection in der Gesetzsammlung S. 146.

zu Berlin mit dem Zeitungscomptoir, dem Hofpostamt, den Eisenbahn-Postspeditionsämtern und dem Immediat-Oberpostamt in Hamburg, sowie die Provinzial-Postbehörden gehören. Die zweite Abtheilung für die Verwaltung der Eisenbahnangelegenheiten hat die verschiedenen königlichen Directionen, Commissionen, Commissariate der Eisenbahnen unter sich. Der dritten Abtheilung für die Verwaltung des Land-, Wasser- und Chaussee-Bauwesens[594b]) sind untergeben die technische Baudeputation[594c]), die Bauacademie, die Bau- und Gewerbeschulen, das Schinkel'sche Museum. Von der vierten Abtheilung, welcher die Verwaltung für Handel und Gewerbe obliegt, ressortiren die technische Deputation für Gewerbe, das technische Gewerbeinstitut, die Normal-Erziehungscommission, die Porzellan- und Gesundheits-Manufactur, die Navigationsschulen, und von der fünften Abtheilung, zur Verwaltung für Berg-, Hütten- und Salinen-Wesen, die Provinzial-Bergbehörden.

6) Das Ministerium des Innern[595]). Bei der Errichtung im Jahre 1808 unterlag demselben die gesammte innere Landesverwaltung in sechs Abtheilungen (für die allgemeine Polizei, die Gewerbepolizei, für den Cultus und öffentlichen Unterricht, die allgemeine Gesetzgebung, die Medicinalsachen und die Angelegenheiten des Bergbaues, der Münze, Salzfabrication und Porzellan-Manufactur). In Folge der späteren Ressortveränderungen sind aus dem weitverzweigten Ministerium des Innern viele Gegenstände zur Errichtung besonderer Ministerien genommen, jenem aber folgende Institute und Angelegenheiten gegenwärtig unterworfen: das statistische Bureau[595a]) und das damit verbundene meteorologische Institut, das Polizeipräsidium zu Berlin mit dem Polizeiamt zu Charlottenburg und der Commission zur Prüfung der Bauhandwerker, das Domcapitel zu Brandenburg, die ritterschaftlichen Creditvereine.

Nach dem königlichen Erlasse vom 3. October 1848 bearbeitet das Ministerium des Innern in Gemeinschaft mit dem der Justiz die Thronlehen und Standessachen[596]).

594b) Vgl. Verordnung über die obere Verwaltung des Bauwesens vom 22. December 1849, Cabinetsordre vom 14. Januar 1850, in der Gesetzsammlung für 1850 S. 13 flg.

594c) S. Geschäftsregulativ vom 28. Februar 1850, im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 34 flg.

595) Die frühere Bezeichnung: Ministerium des Innern und der Polizei ist fortgefallen. S. Cabinetsordre vom 17. Juni 1842 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 175).

595a) Die Unterordnung erfolgte nach dem Allerhöchsten Erlasse vom 10. Juli 1848, in der Gesetzsammlung S. 337.

596) Gesetzsammlung S. 269.

7) Das Justizministerium[597]. Bis zum Jahre 1808 zerfiel das Justizministerium nach den Gegenständen in das Generaldepartement, Militärdepartement, Criminaldepartement, Lehndepartement, Geistlichedepartement, französische Coloniedepartement, und außerdem nach den einzelnen Landestheilen in Provinzialdepartements, welche unter die Justizminister in Berlin vertheilt waren, mit Ausnahme Schlesiens, wo der Justiz-Provinzialminister neben dem dirigirenden Provinzialminister in Breslau residirte. Die Würde des Großkanzlers erhielt seit von Cocceji's Ernennung (1731—1755) derjenige Justizminister, welchem das Generaldepartement und in Verbindung mit demselben das Provinzialdepartement der Kurmark und Ostpreußens übertragen war. Er führte den Titel: Chef de iustice. Diese Einrichtung änderte die Cabinetsordre vom 25. November 1808 und das darauf gegründete Publicandum vom 16. December d. J. Hierdurch wurde nur Ein Justizdepartement begründet, die Stellung des Justizministers selbst aber durch mehrere spätere Verordnungen näher bestimmt (s. unten). Durch die Cabinetsordre vom 9. Februar 1832 wurde das Justizministerium für Gesetzesrevision, in Verbindung mit der Verwaltung der Justiz in den Rheinlanden, von dem Justizministerium für Verwaltung überhaupt gesondert[598], dem letzteren aber wiederum durch Cabinetsordre vom 17. December 1838 auch die Administration der Rheinprovinz zugewiesen[599]. Nach Entlassung der beiden Justizminister im März 1848 wurden die beiden Ministerien Einem Chef übertragen, durch den königlichen Erlaß vom 1. September 1848 aber ist das Justizministerium für Gesetzesrevision ganz aufgelöst und die Geschäfte desselben sind mit dem Justizministerium verbunden worden[600]. Zugleich ist auch die im Jahre 1842 neu begründete Gesetzcommission[601], welche dem Ministerium für Gesetzesrevision untergeben war, aufgehoben.

In Gemeinschaft mit dem Ministerium des Innern bearbeitet das Justizministerium die Thronlehen und Standessachen (s. Anm. 596), in Gemeinschaft mit dem Kriegsminister hat es die Oberaufsicht über die Militär-Justizverwaltung[602], sowie mit dem Ministerium für land-

---

597) Vgl. Jahrbuch der preußischen Gerichtsverfassung, Berlin 1852 S. 52 f. Starke, die bestehende Gerichtsverfassung im preußischen Staat S. 428 flg.

598) Gesetzsammlung S. 15.

599) Gesetzsammlung für 1839 S. 12.

600) Justizministerialblatt S. 329.

601) S. Cabinetsordre vom 28. Februar und 8. April 1842, im Justizministerium d. J. S. 182, 183.

602) S. Patent vom 23. October 1798 über die Errichtung eines Militärjustizdepartements, im N. C. C. Tom. X. Fol. 1781. v. Rabe, Sammlung Bd. V, S. 231.

wirthschaftliche Angelegenheiten über die Geschäftsverwaltung und das Personal des Revisionscollegiums für Landesculturſachen[603]).

Das Bureau des Justizministeriums zerfällt in fünf Abtheilungen: Expedition, Calculatur, Kasse, Registratur und Canzlei. Unmittelbar unter dem Justizminister stehen das Obertribunal, der rheinische Revisions- und Cassationshof, die Immediat-Justiz-Examinationscommission (1755 errichtet, ein Präsident und sieben Mitglieder, welche in zwei Abtheilungen für die altländischen und rheinischen Prüfungen bestimmt sind), das Kammergericht und die Appellationsgerichte.

8) Das Kriegsministerium[604]). Seine Verhältnisse sind geregelt durch das Publicandum vom 18. Februar 1809[605]), die Departementseintheilung vom 28. August 1814[606]). Hiernach zerfällt es in drei Departements. I. Das allgemeine Kriegsdepartement mit vier Abtheilungen. 1) Für die Armeeangelegenheiten, als die Organisation, Ausbildung und Grundverfassung des Heeres; 2) die Angelegenheiten der Artillerie, der Ausrüstung des Heeres, der Festungen u. s. w.; 3) die Angelegenheiten der Ingenieurs, Anlagen und Erhaltung der Festungswerke, die Aufsicht über die Baukassen der Festungen, Unterbringung der Bau- und Staatsgefangenen; 4) die Marineangelegenheiten[607]). Dazu kommt noch eine besondere Abtheilung für die persönlichen Angelegenheiten, welche unmittelbar unter dem Kriegsminister stehen. Hierher gehört auch die geheime Kriegscanzlei. II. Das Militär-Oeconomiedepartement mit vier Abtheilungen. 1) Für das Kassen- und Etatswesen, nebst den früher von einer eigenen Abtheilung besorgten Militärwittwenkassen-Angelegenheiten, und denjenigen Gegenständen, welche das Militärknaben-Erziehungsinstitut zu Annaburg betreffen; 2) die Natural-, Verpflegungs-, Reise- und Vorspannangelegenheiten; 3) das Bekleidungs-, Equipagen- und Trainwesen; 4) das Servis- und Lazarethwesen. III. Die früher zum zweiten Departement gehörige Abtheilung für das Invalidenwesen ist durch die Cabinetsordre vom 28. Februar 1834 davon getrennt und besteht für sich, jedoch in Verbindung mit den beiden Departements; ebenso die Abtheilung für das Remontirungswesen. Zum Ressort des Ministeriums gehören: die Remonteinspection, das

---

603) S. Verordnung vom 22. November 1844 (Gesetzsammlung für 1845 S. 19 flg.

604) S. A. v. Witzleben, Heerwesen und Infanteriedienst der königlich preuß. Armee, 3. Aufl., Berlin 1851. G. Messerschmidt, die Verwaltung des Militärhaushaltes in Preußen, Berlin 1853. Verb. die jährlich erscheinende Rang- und Quartierliste der Armee.

605) Im N. C. C. Tom. XII. Fol. 785. v. Rabe, Sammlung Bd. XI, S. 40.

606) Gesetzsammlung S. 77.

607) S. den Allerhöchsten Erlaß vom 5. September 1848, im preußischen Staatsanzeiger Nr. 164.

Generalauditoriat (s. Anm. 602 und 761), die Generalmilitärkasse (mit zwei Abtheilungen, von denen die erste eine Unterabtheilung für das Invalidenwesen hat, welche zugleich die Militärpensionskasse verwaltet, die zweite Abtheilung zugleich die Geschäfte der Militärwittwenkasse besorgt), die Ober-Examinationscommission für Militär-Intendanturbeamte, das Militärerziehungs- und Bildungswesen (Obermilitär-Examinationscommission, Militär-Studiencommission, allgemeine Kriegsschule, die Directoren der Divisionsschulen, die vereinigte Artillerie- und Ingenieurschule, die Commission für die Aufnahme von Knaben in das königliche Cadettencorps, das Cadettencorps selbst[608]), das Directorium des Potsdam'schen großen Militärwaisenhauses, das Militärknaben-Erziehungsinstitut zu Annaburg), das Militär-Medicinalwesen, die Artilleriewerkstätte, die Gewehrfabriken, die königlichen Pulverfabriken, Geschützgießereien, Artilleriedepots, Feuerwerkslaboratorium in Spandau, Modellhaus für Festungsmodelle in Berlin, die Marinedepots, die Provinzialbehörden für die Militäröconomie.

9) **Das Ministerium für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten.** Dasselbe ist durch Abzweigung vom Ministerium für Handel u. s. w. am 25. Juni 1848 gebildet worden[609]). Zu seinem Ressort gehören die Centralcommission für die Angelegenheiten der Rentenbanken[610]), sowie die Provinzialrentenbanken[610a]), das Landesöconomiecollegium (begründet durch die Cabinetsordre vom 16. Januar 1842)[611]), das Revisionscollegium für Landescultursachen (unter der Mitaufsicht des Justizministeriums, s. Anm. 603), die höheren landwirthschaftlichen Anstalten zu Eldena, Proskau (bei Oppeln), Poppelsdorf (bei Bonn), Waldau (bei Königsberg)[612]), die Haupt- und Landgestüte, welche nach der Cabinetsordre vom 15. Februar 1816 einem

---

608) Vgl. den Allerhöchsten Erlaß vom 19. September und 3. October 1848 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 328 flg.) über die Umgestaltung des Cadettencorps.

609) S. den Allerhöchsten Erlaß in der Gesetzsammlung 1848 S. 159.

610) Vgl. den Allerhöchsten Erlaß vom 21. Mai 1850, betreffend die Errichtung einer besonderen Centralcommission u. s. w. Gesetzsammlung S. 334, nebst dem Circulare vom 11. Juni 1850, im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 191.

610a) Gesetz über die Errichtung von Rentenbanken vom 2. März 1850 (Gesetzsammlung S. 112 flg., S. 364). Allerhöchster Erlaß vom 24. Juni (a. a. O. S. 341).

611) S. Circularverordnung vom 2. März 1842, die Errichtung eines Landesökonomiecollegiums betreffend, im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 21 flg. Regulativ vom 25. März 1841, daselbst S. 128 flg.

612) S. Circular vom 19. Mai 1835 über die Errichtung einer staats- und landwirthschaftlichen Academie zu Greifswald und Eldena, in v. Kamptz Annalen Bd. XIX, S. 408 flg., verb. 404 flg. Plan über die Anstalt zu Poppelsdorf vom 11. April 1847, im Ministerialblatt des Innern S. 54 flg., über die zu Proskau daselbst S. 206 flg. Die von Waldau ist noch nicht organisirt.

eigenen Oberstallmeister untergeben[613]), im Jahre 1838 der concurrirenden Mitwirkung des Ministeriums des Innern überlassen[614]), im Jahre 1848 aber ganz dem Ministerium für Handel und Gewerbe zugewiesen, von dem sie auf das landwirthschaftliche Ministerium übergingen[615]). Durch den Allerhöchsten Erlaß vom 26. November 1849 sind die Eindeichungs- und Deich-Societätsangelegenheiten, mit Vorbehalt der Theilnahme des Ministers für Handel u. s. w. in den geeigneten Fällen, diesem Ministerium übertragen[615a]). Demselben unterliegt auch die Stammschäferei zu Frankenfelde bei Wriezen.

10) Die preußische Bank. Im Jahre 1765 beschloß Friedrich II. die Errichtung von Haupt- und Nebenbanken und begründete dergleichen zu Berlin, Breslau, Königsberg[616]), demnächst 1768 zu Stettin, Magdeburg und Minden[617]). Die Verhältnisse derselben wurden durch besondere Reglements und specielle Verordnungen geregelt, welche durch die Depositalordnung vom Jahre 1783 ergänzt wurden[618]). Im Jahre 1808 wurde die Bank dem Finanzministerium untergeben, durch Cabinetsordre vom 3. November 1817 aber als selbstständige Behörde organisirt[619]). Ihr Geschäftskreis zerfällt in drei Comptoirs: 1) zur Beschaffung des Metalls für die Münze, den Ein- und Verkauf der Wechsel und Transport der Revenüen; 2) das Depositencomptoir, welches Capitalien gegen mäßige Zinsen übernimmt (2, $2^1/_2$ und 3 Procent für Jedermann, für milde Stiftungen und Minderjährige); 3) das Disconto- und Lombardcomptoir, welches gegen sicheres Unterpfand Darlehen ausgiebt.

Durch die Cabinetsordre vom 11. April 1846 ist die Betheiligung von Privatpersonen bei der Bank genehmigt[620]). Darauf erging, mit Aufhebung des Bankreglements vom 29. October 1766 und der Verordnung vom 3. November 1817 eine neue Bankordnung unterm 5. October 1846 für das nunmehr als „Preußische Bank" bezeichnete Institut[621]). Die damit verbundenen im Jahre 1848 errichteten Darlehenskassen (Gesetz vom 15. April 1848) sind durch das

---

613) Gesetzsammlung S. 101.

614) Cabinetsordre vom 11. Januar, Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 17. Januar 1838, in der Gesetzsammlung S. 10, 11 flg.

615) Vgl. den Allerhöchsten Erlaß vom 11. August 1848, in der Gesetzsammlung S. 228.

615a) Gesetzsammlung für 1850 S. 3. Verb. Circular vom 9. Januar 1850, im Ministerialblatt für das Innere S. 12, 13.

616) Nov. C. C. Tom. III. Nr. 63 u. 90.

617) Nov. C. C. Tom. IV. Nr. 72, 73, 77.

618) S. besonders Depositalordnung Tit. I, §. 35 flg., Tit. II, §. 209 flg. Vgl. überhaupt Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher Th. IV, S. 568 flg.

619) Gesetzsammlung für 1817 S. 295.

620) Gesetzsammlung S. 153.

621) Gesetzsammlung S. 435 flg.

Gesetz vom 30. April 1851 wieder aufgelöst worden. Von der Hauptbank in Berlin ressortiren die Bankanstalten in den Provinzen, nämlich das Bankdirectorium in Breslau[622]), die Bankcomptoire und Bankcommanditen[622a]).

Hierher gehört auch die Immediatcommission zur Controlirung der Banknoten, nach der Cabinetsordre vom 16. Juli 1846[622b]).

11) Die Oberrechnungskammer. Die Verordnung vom 3. November 1817 führte die Generalcontrolle der Finanzen für das gesammte Etats-, Kassen- und Rechnungswesen ein. Nachdem diese durch Cabinetsordre vom 29. Mai 1826 aufgehoben war[623]), wurde die früher mit ihr verbundene Oberrechnungskammer ein selbstständiges Organ, als oberste Revisionsbehörde für alle Rechnungen der gesammten Verwaltung aller Civil- und Militärbehörden, deren Fonds aus königlichen Kassen fließen. Bei der Superrevision befolgt die Kammer, welche sich in Potsdam befindet, die vom Könige vollzogene Instruction vom 18. December 1824[624]). Durch die Verfassungsurkunde Art. 104 ist ein besonderes Gesetz über die Einrichtung und die Befugnisse der Kammer in Aussicht gestellt, außerdem aber bestimmt: die Rechnungen über den Staatshaushalts-Etat werden von der Oberrechnungskammer geprüft und festgestellt. Die allgemeine Rechnung über den Staatshaushalt jeden Jahres, einschließlich einer Uebersicht der Staatsschulden, wird mit den Bemerkungen der Oberrechnungskammer zur Entlastung der Staatsregierung den Kammern vorgelegt. Mit dieser Behörde ist eine Commission verbunden zur Revision der Rechnungen der Bank und der Seehandlung, sowie zur Bearbeitung anderer, zum Ressort der Oberrechnungskammer gehörenden, in Berlin zu erledigenden Rechnungsangelegenheiten; desgleichen die Bureaubeamten der Kammern.

Die Stellung der Minister und sonstigen höchsten Vorstände der Centralbehörden ist bereits in den Verordnungen seit 1808 näher bestimmt. Jeder Staatsminister soll hiernach die ihm anvertraute Verwaltung selbstständig, unter unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den König selbst, zu führen haben. Es liegt ihnen ob, an den König Bericht zu erstatten und von ihm die Befehle entgegen

---

622) S. Statut für die städtische Bank in Breslau vom 10. Juni 1848, in der Gesetzsammlung S. 145 flg.

622a) Vgl. Bekanntmachung des Chefs der Bank vom 31. December 1846 über den erweiterten Verkehr der Bank in den Provinzen, im Ministerialblatt des Innern S. 270.

622b) Gesetzsammlung S. 264.

623) Gesetzsammlung S. 45. Verb. mit v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XXVII, S. 296 flg. (Cabinetsordre vom 29. Mai 1826, betreffend die näheren Anordnungen wegen Einrichtung der Staatsbuchhalterei und wegen der künftigen Etatsrevisionen).

624) In v. Kamptz Annalen Bd. IX, S. 2 flg.

zu nehmen. Durch die Umgestaltung der Staatsverfassung seit 1848 ist in dem Verhältnisse der Minister zum Könige nichts geändert, wohl aber in ihrem Verhältnisse zu der Landesvertretung, in Folge der Bestimmungen der Verfassungsurkunde Art. 44: Alle Regierungsacte des Königes bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt; sowie des Art. 61: Die Minister können durch Beschluß einer Kammer wegen des Verbrechens der Verfassungsverletzung, der Bestechung und des Verrathes angeklagt werden. Ueber solche Anklage entscheidet der oberste Gerichtshof der Monarchie in vereinigten Senaten. Die näheren Bestimmungen über die Fälle der Verantwortlichkeit, über das Verfahren und über die Strafen werden einem besonderen Gesetze vorbehalten. Mit der Feststellung dieses Gesetzes haben sich die Kammern von 1850—1851, jedoch ohne Resultat, beschäftigt[625]).

Die Minister verfügen in dem Kreise ihrer Verwaltung so weit frei, als nicht bei gewissen Gegenständen die Genehmigung des Königes oder eine vorhergehende collegialische Berathung erforderlich ist. Schon die Verordnung vom 27. October 1810 enthält darüber genauere Vorschriften, mit Berücksichtigung des Ressorts der einzelnen Ministerien. Insbesondre sind sie zum Erlasse solcher Verfügungen, welche das Gesetz nicht ändern, oder nicht eine gesetzliche Declaration enthalten, ohne besondere Autorisation befugt (Cabinetsordre vom 4. Juli 1832). Es liegt ihnen das Anstellungswesen der Beamten ihres Ressorts ob, sowie die Aufsicht über die Führung derselben[626]).

B. Provinzialbehörden.

Die Verhältnisse der Behörden in den einzelnen Provinzen waren bis zum Anfange des jetzigen Jahrhundertes höchst verschieden. Eine Beseitigung störender Differenzen und möglichste Gleichartigkeit wurde durch die Verordnung vom 26. December 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden[627]) vorbereitet und durch die Verordnung vom 30. April 1815 in Vollzug gesetzt[628]). Rechtspflege und Verwaltung lagen früher häufig in derselben Hand, während die spätere Gesetzgebung beide Kreise sorgfältiger

625) Vgl. die Verhandlungen der zweiten Kammer am 1., 3., 7. Februar und 30. April 1851 (Sitzung 17—19 u. 68) in den stenographischen Berichten S. 128 flg., 163, 1154 flg.; Verhandlungen der ersten Kammer am 9.—11. u. 15. April 1851 (Sitzung 39—41 u. 44) in den stenographischen Berichten S. 918 flg., 1110 flg.; vgl. auch Verhandlungen der zweiten Kammer am 5. Januar 1852 (Sitzung 8) in den stenographischen Berichten S. 65.

626) M. s. überhaupt Ergänzungen zum allgemeinen Landrecht Theil II, Titel X.

627) Nov. C. C. Tom. XII, Fol. 679 flg. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. VII, S. 339. v. Rabe, Sammlung Bd. IX, S. 467.

628) Gesetzsammlung S. 85 flg.

geschieden hat. Von den möglichen Conflicten und der Hebung derselben ist weiterhin besonders zu sprechen.

Seit 1848 wurde eine Umgestaltung sämmtlicher Provinzialbehörden angestrebt und der leitende Gedanke in der Verfassungsurkunde Art. 105 dargelegt, darauf hin auch die Verordnung vom 11. März 1850 für die Gemeinden, Kreise, Bezirke und Provinzen erlassen [629]). Diese neueren Versuche mit den dafür ergangenen Gesetzen haben jedoch wegen ihrer Unzweckmäßigkeit keinen Erfolg gehabt (vgl. die Darstellung der Verfassung). Auch für „die hohenzollern'schen Lande" sind die in den übrigen Provinzen bestehenden Einrichtungen theils schon eingeführt, theils wenigstens zur Einführung gesetzlich bestimmt worden [629a]).

Die einzelnen gegenwärtig bestehenden Behörden sind

I. Administrative Verwaltungsbehörden.

Mit Ausnahme der Provinz Pommern, an deren Spitze als Statthalter der nächste Thronerbe nach erreichter Großjährigkeit gestellt ist, bilden überall das Haupt der Provinz:

1) Die Oberpräsidenten. Die Einführung derselben erfolgte durch das Publicandum vom 16. December 1808. Nach der ersten Instruction für dieselben vom 23. December 1808 [630]) wird ihnen die dreifache Bestimmung zugetheilt, einen Vereinigungspunkt für die über ein Regierungsdepartement hinausgehenden allgemeinen Verwaltungszweige, namentlich die allgemeine Landespolizei zu bilden, Stellvertreter für die obersten Staatsbehörden an Ort und Stelle zu sein, und eine Behörde zu bilden, welche bei vorkommenden Fällen nach erweiterten, ganze Provinzen umfassenden Gesichtspunkten ihr Gutachten abgeben können. Erst durch die Verordnung vom 30. April 1815 erhielt jede Provinz einen Oberpräsidenten, für welchen die Instructionen vom 23. October 1817 und 31. December 1825 nunmehr maßgebend wurden [631]). Der ursprüngliche Plan, daß die Oberpräsidenten die erste berathende, beaufsichtigende und ausführende Behörde sein sollten, ist darin festgehalten und im Detail erweitert. Es liegt ihnen nämlich ob: 1) die eigene Verwaltung derjenigen Angelegenheiten, welche nicht nur die Gesammtheit der Provinz betreffen, sondern welche sich auch nur

---

629) Vgl. v. Viebahn, über die Umbildung der Provinzialbehörden und die Eintheilung Preußens, in Dieterici's Mittheilungen des statistischen Bureau's 1848 S. 113 flg.

629a) S. das Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 30. April 1851 (Gesetzsammlung S. 188 flg.), welches schon vollzogen ist (Jahrbuch der preuß. Gerichtsverfassung S. 239, 240). Verordnung über die Organisation der Verwaltungsbehörden vom 7. Januar 1852 (Gesetzsammlung S. 35 flg.)

630) Nov. C. C. Tom. XII, Fol. 475 flg. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. VII, S. 446 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. IX, S. 402 flg.

631) In der Gesetzsammlung für 1817, S. 230 flg., für 1826 S. 1 flg.

über den Bereich einer Regierung hinaus erstrecken; 2) die Oberaufsicht auf die Verwaltung der Regierungen, der Provinzialsteuerdirectionen und der Generalcommissionen zur Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse; 3) die Stellvertretung der obersten Staatsbehörden in besonderem Auftrage und bei außerordentlicher Veranlassung. Dazu gehören im besonderen 1) alle ständischen Angelegenheiten, alle öffentlichen für mehrere Regierungsbezirke eingerichteten Institute und Sicherheitsanstalten, die Pläne zu neuen Anlagen, Meliorationen, Strom- und Kunststraßenbauten, welche die Grenzen eines Regierungsbezirkes überschreiten, die Verhandlungen mit den commandirenden Generalen, insofern der Gegenstand das ganze Armeecorps betrifft, die Wahrnehmung des ius circa sacra bei den Katholischen[632]), die Verhältnisse der Presse[633]), der Vorsitz und die Leitung der Geschäfte in den Consistorien[634]), den Schul- und Medicinalcollegien. 2) Bei der Oberaufsicht hat der Oberpräsident nicht an der Detailverwaltung dieser Behörden Theil zu nehmen, sondern nur die Administration zu beobachten, deren Gang durch öftere Gegenwart und Beiwohnung der Sitzungen kennen zu lernen, und auf diesem Wege besonders für die Uebereinstimmung der Verwaltungsgrundsätze und die Consequenz der Ausführungsmaßregel zu wirken. Berichte an die Ministerien und deren Bescheide gehen durch seine Hand, sofern er dies näher bezeichnet. In allen Fällen, in welchen er mit den Ansichten der Regierungen nicht übereinstimmt, hat er dem einzusendenden Berichte an das Ministerium sein eigenes Votum beizufügen[635]). Er überwacht auch die Dienstführung und Lauterkeit der Beamten und verfügt unter Umständen deren Suspension. Beschwerden über die (oben bei 2 genannten) Behörden werden an ihn gebracht und womöglich von ihm selbst erledigt, dagegen steht es ihm nicht zu, Ordnungsstrafen über die Regierungen zu verhängen[636]). 3) In dieser Rücksicht bildet der Oberpräsident die nächste Instanz bei Conflicten der Regierungen unter sich und mit den anderen Verwaltungsbehörden; ist ferner ermächtigt und verpflichtet, bei außerordentlichen und dringenden Ereignissen die augenblicklich erforderlichen Anordnungen zu treffen, bei Kriegsgefahr die gesammte Civilverwaltung zu übernehmen. Insbesondre ist ihm noch überwiesen, die Entscheidung in allen Communalangelegenheiten, die Concession zur Anlegung neuer

---

632) Vgl. die Verordnung vom 27. Juni 1845 über die Ressortverhältnisse der Provinzialbehörden in katholisch-kirchlichen Angelegenheiten, in der Gesetzsammlung S. 443 flg. und die späteren Modi.cationen derselben. S. unten Anm. 672.

633) S. die oben Anm. 318a citirten Gesetze u. s. w.

634) Dies geschieht jetzt nur immer ausnahmsweise und commissarisch.

635) Rescript der Ministerien des Innern, der Polizei und der Finanzen vom 29. Januar 1842, im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 1.

636) Ministerialrescript vom 25. October 1834, in v. Kamptz Annalen Bd. XIX, S. 5.

Apotheken, die Bewilligung von Kram- und Viehmärkten[637]), die vom Staate zu ertheilende Genehmigung für die Gründung neuer und die Erweiterung und Umänderung, Einschränkung oder Aufhebung schon bestehender gemeinnütziger Anstalten[638]); die Genehmigung zur Ausschreibung öffentlicher Collecten in den einzelnen Regierungsbezirken oder der Provinz, jedoch mit Ausnahme der Kirchencollecten[639]); die Genehmigung der von den Regierungen vorzuschlagenden Oeconomiedirectoren großer Institute; die Ertheilung von Concessionen für Schauspielergesellschaften; Urlaubsbewilligungen an Mitglieder der Regierungen innerhalb des Landes auf acht, außerhalb Landes auf sechs Wochen.

Unmittelbar unter dem Oberpräsidenten stehen:

a) Die Provinzial-Schulcollegia. Nach der Instruction für die Provinzialconsistorien vom 23. October 1817[640]) sollten sämmtliche Elementar- und Bürgerschulen, sowie die Privaterziehungs- und Unterrichtsanstalten der Aufsicht und Verwaltung der Regierungen und der mit ihnen verbundenen Kirchen- und Schulcommissionen unterworfen sein; dagegen sollten die gelehrten Schulen der Provinz, d. h. diejenigen, welche zur Universität entlassen, unter unmittelbarer Aufsicht und Verwaltung des Consistoriums stehen, während die Universitäten und Academien dem Ministerium der geistlichen Angelegenheiten und des öffentlichen Unterrichtes untergeben blieben. Ein Unterschied zwischen den evangelischen und römisch-katholischen Schulanstalten ist dabei nicht gemacht. Indem aber der gemischte Character der Consistorien aufgehoben und dieselben zu rein evangelischen Behörden umgestaltet wurden, ergab sich die Nothwendigkeit, die Schulsachen zu sondern. Sie wurden nun dem vom Consistorium abgezweigten Provinzial-Schulcollegium übertragen, gemäß der Cabinetsordre vom 31. December 1825[641]). Die Wirksamkeit des Collegiums erstreckt sich auf 1) alle den pädagogischen Zweck der Unterrichtsanstalten im allgemeinen betreffende Angelegenheiten; 2) die Prüfung der Grundplane oder Statuten der Schulen und Erziehungsanstalten, insofern sie deren innere Einrichtungen be-

637) Nach dem Rescript vom 10. Mai 1847 hat die Regierung die Befugniß zur Errichtung von Wochenmärkten (Ministerialblatt des Innern S. 170).

638) Die Ertheilung der Genehmigung zur Errichtung gemeinschaftlicher Wittwen-, Sterbe- und Aussteuerkassen, welche das Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XI, §. 651 dem Landesherrn reservirt, ist durch Cabinetsordre vom 29. September 1833 (Gesetzsammlung S. 121) dem Oberpräsidenten zugewiesen. Die Nothwendigkeit der Concessionirung ist durch die Verfassungsurkunde Art. 30 keineswegs fortgefallen (s. Rescript vom 6. April 1850 im Ministerialblatt des Innern S. 173).

639) Nach Art. 12 (15 der revidirten) Verfassung ist zur Einsammlung freiwilliger Beiträge unter den Mitgliedern einer katholischen Kirchengemeinde die Erlaubniß einer Staatsbehörde nicht mehr erforderlich (Rescript vom 1. Mai 1849, im Ministerialblatt des Innern S. 96).

640) In der Gesetzsammlung S. 237 flg.

641) In der Gesetzsammlung für 1826 S. 5.

treffen; 3) die Prüfung neuer, die Revision und Berichtigung schon vorhandener specieller Schulordnungen und Reglements, ingleichen der Disciplinargesetze u. s. w.; 4) die Prüfung der Schulbücher; 5) die Abfassung neuer Schulbücher, deren Druck zum Gebrauch für inländische Schulen jedoch die Erlaubniß des Ministeriums erfordert; 6) die Abfassung und Revision der Pläne zur Gründung und inneren Einrichtung von Schullehrer-Seminarien, sowie der Anstalten zum Behufe weiterer Ausbildung schon angestellter Lehrer, die Aufsicht und Leitung der Seminarien, die Anstellung und Disciplin der Lehrer bei denselben; 7) die Prüfung pro facultate docendi bei den gelehrten Schulen; 8) Anordnung von Abiturienten-Prüfungscommissarien und Beurtheilung der Verhandlungen der Abiturienten-Prüfungen; 9) die Aufsicht, Leitung und Revision der gelehrten Schulen, welche zur Universität entlassen; 10) die Anstellung, Beförderung, Disciplin, Suspension und Entlassung der Lehrer bei den gedachten Schulen[642]); 11) die Vermögensverwaltung und das Kassen- und Rechnungswesen der Gymnasien, gelehrten Schulen, Schullehrer-Seminarien und der mit denselben in unmittelbarer Verbindung stehenden Erziehungs- und Unterrichtsanstalten, sowie der Stipendienfonds und des königlichen Collaturrechtes.

Zum Ressort der Provinzial-Schulcollegia gehören wissenschaftliche Prüfungscommissionen, welche durch Cabinetsordre vom 19. December 1816 an die Stelle der bis dahin bestandenen wissenschaftlichen Deputationen gesetzt wurden[643]), und denen sowohl die Revision der Verhandlungen der Abiturienten-Prüfungen, als die Prüfungen pro facultate docendi, die Abhaltung von Colloquien u. s. w. obliegen.

b) Unter der Leitung der Oberpräsidenten stehen auch die **Medicinalcollegia**. Jede Provinz hat an dem Orte, wo das Oberpräsidium seinen Sitz hat[644]), ein solches, dessen Verhältnisse durch eine besondere Instruction vom 23. October 1817[645]) und durch die Cabinetsordre vom 31. December 1825 C.[646]) geregelt sind. Die Medicinalcollegia sind rein wissenschaftliche und technisch-rathgebende Behörden für die Regierungen und Gerichte im Fache der polizeilichen und gerichtlichen Medicin. Darnach liegt ihnen besonders ob: 1) die Angabe und Be-

---

642) Die Ernennung der Directoren und die Bestätigung derselben in den Fällen, wo jene Anstalten dem Patronate einer Stadt oder Corporation unterworfen sind, erfolgt nach der Verordnung vom 9. December 1842 (Gesetzsammlung 1843 S. 1, 2) durch den König. Bei der definitiven Anstellung von Lehrern u. s. w. hat das Provinzialschulcollegium aber die Genehmigung des Ministeriums einzuholen.

643) S. Circular vom 10. Januar 1817, in v. **Kamptz** Annalen Bd. I, S. 13 flg.

644) Eine Ausnahme macht die Provinz Brandenburg, wo sich das Collegium in Berlin befindet.

645) In der Gesetzsammlung S. 245 f.

646) Gesetzsammlung für 1826 S. 7 (wo aber statt §. 7 — §. 6 zu lesen ist).

gutachtung allgemeiner Maßregeln zur Beförderung der Cultur der medicinischen Wissenschaften und Kunst, zur Ausbildung der Medicinalpersonen und Beamten und zur Einrichtung und Vervollkommnung öffentlicher Medicinalanstalten; 2) die Entwerfung oder Beurtheilung allgemeiner Pläne zur Vervollkommnung des Medicinal-Polizeiwesens der Provinz; 3) die Prüfung gewisser Medicinalpersonen[647]); 4) die Beurtheilung gerichtlich-medicinischer Fälle, die Abfassung und Prüfung medicinisch-chirurgischer Gutachten, Atteſtate und Obductionsverhandlungen; 5) die Angabe und Prüfung allgemeiner Heilungs-, Verhaltungs- und Sicherungsmaßregeln bei ausbrechenden Seuchen; 6) die Untersuchung technischer Gegenstände; 7) die Zusammenstellung von Generalwerken und Abfassung übersichtlicher periodischer Berichte. — Die Medicinalcollegia sollen mindestens aus fünf Mitgliedern bestehen, unter denen jederzeit ein Wundarzt und Pharmaceut, ein in der Entbindungskunst erfahrenes Mitglied und ein Thierarzt sich befinden muß.

c) Die Generalcommissionen. Diese Behörden sind durch das Edict vom 14. September 1811 §. 59 wegen Beförderung der Landescultur[648]) eingeführt, ihre Organisation aber durch die Verordnung vom 20. Juni 1817[649]), die Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821[650]), die Verordnungen vom 30. Juni 1834[651]), vom 27. Juni und 4. Juli 1840[652]) und 22. November 1844[653]) genauer festgesetzt worden. Sie sind bestellt zur Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, der Gemeinheitstheilungen, der Aufhebung von Grundgerechtigkeiten und Zusammenlegung von Grundstücken, der Ablösung von Diensten und anderen Reallasten, zur Entscheidung der dabei vorkommenden Streitigkeiten, sowie überhaupt zur Regulirung aller anderweitigen Rechtsverhältnisse bei Gelegenheit der Auseinandersetzungen. Die Generalcommissionen bilden Collegia, von wenigstens fünf Mitgliedern, Regierungs- und Landesöconomie-Räthen, welche entweder die höhere juristische oder administrative Prüfung bestanden haben[654]). Jede Provinz hat ihre besondere Generalcommission, ausgenommen Preußen, die Neumark nebst der Niederlausitz und der ostrheinische District der Rheinlande (soweit er nicht der Generalcommission in Münster überwiesen ist[655])), wo die Geschäfte dieser Behörde auf

647) Reglement vom 1. December 1825 §. 49 (v. Kamptz Annalen Bd. X, S. 179).

648) Gesetzsammlung S. 299. Vgl. Instruction vom 27. October 1811.

649) Gesetzsammlung S. 161.

650) Gesetzsammlung S. 83.

651) Gesetzsammlung S. 96.

652) Gesetzsammlung S. 132, 195 flg.

653) Gesetzsammlung für 1845 S. 19.

654) S. Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 2. Regulativ vom 14. Febr. 1846 §. 22 (Gesetzsammlung S. 199).

655) S. Anm. 652 cit. und die Gemeinheitstheilungsordnung vom 19. Mai 1851 §. 25 (Gesetzsammlung S. 380).

die Regierungen übergegangen sind und in einer eigenen „landwirthschaftlichen Abtheilung" bearbeitet werden. Die Entscheidung der dabei vorkommenden Streitigkeiten erfolgen durch ein „Spruchcollegium", das wie die Generalcommission zusammengesetzt ist[656].

Organe der Generalcommissionen und landwirthschaftlichen Abtheilungen zur Regulirung selbst und zur Verhandlung mit den Betheiligten sind die Specialcommissionen, (Oeconomiecommissarien[657])) deren Verhandlungen als öffentliche Urkunden erscheinen, die Districtscommissionen zur Feststellung der Normalpreise und Normalmarktorte[658]), die Feldmesser, welche die bei der Auseinandersetzung erforderlichen Messungen vornehmen[659]).

d) Die Provinzialsteuer-Directionen. Für die indirecten Steuern sind, mit Ausnahme der Provinz Brandenburg[660]), Provinzialsteuer-Directoren seit 1823 eingesetzt, für welche die Dienstanweisung vom 26. Januar 1823 maßgebend ist[661]). Ihnen sind die für die unmittelbare Erhebung und Controle der indirecten Steuern angeordneten Behörden untergeben, die Hauptzoll-, die Hauptsteuerämter, die Neben- und Unterämter mit ihren Inspectoren, Rendanten, Controleuren, die Steuerrecepturen, in der Provinz Preußen auch die Salzämter, in der Rheinprovinz die Stempelfiscalate, die Hypothekenämter, die Rheinzollämter, die Ruhrschifffahrts-Gefällämter[662]).

e) Die Provinzial-Feuer-Societäten, deren Einrichtung provinziell für die Städte, das platte Land und beide zusammen durch besondere Reglements festgestellt ist[663]).

f) Verschiedene provinzial-landständische und andere Anstalten, welche in den einzelnen Provinzen unter den Oberpräsidenten stehen, namentlich Landarmen-Verpflegungsinstitute, Straf-

---

656) Vgl. noch unten bei Anm. 669a.

657) Vgl. Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 27 flg., 40 flg., 56 flg. Gesetz vom 7. Juni 1821 §. 7, 9. Instruction über die Ausbildung und Prüfung der Oeconomiecommissarien vom 11. April 1836, in v. Kamptz Annalen Bd. XX, S. 93 flg.

658) S. Gesetz über die Ablösung der Reallasten vom 2. März 1850 §. 67—72 (Gesetzsammlung S. 98 flg.).

659) Circular vom 8. September 1831 und Regulativ vom 8. Juli 1833 wegen der Prüfung der Feldmesser, in v. Kamptz Annalen Bd. XV, S. 515 flg. Bd. XVII, S. 269 flg.

660) In den Regierungsbezirken Potsdam und Frankfurt ist die Provinzialsteuerverwaltung mit den Regierungen verbunden, in Berlin steht sie unmittelbar unter der Oberleitung des Finanzministeriums. Vgl. bei Anm. 676.

661) In v. Kamptz Annalen Bd. X, S. 934 flg.

662) Vgl. F. G. Schimmelpfennig, die preußischen indirecten Steuern u. s. w., Potsdam 1837 4. Ergänzungen 1840. Villaume, Handbuch der preuß. Steuer- und Zollgesetzgebung, Berlin 1844 8. Supplement 1848.

663) Vgl. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 502.

anstalten, Besserungshäuser, Irren-, Heil- und Versorgungsanstalten, Taubstummeninstitute u. a. m., insofern dieselben nicht einem einzelnen Regierungsbezirke angehören.

2) Die Regierungen. Die Verwaltungsgeschäfte in den Bezirken, welche gegenwärtig den Regierungen zustehen, wurden früher durch die Amtskammern und Kriegscommissariate wahrgenommen. Das Patent Friedrich Wilhelm's I. vom 24. Januar 1723 vereinigte dieselben als Kriegs- und Domainenkammern[664]. Im Jahre 1808 erhielten diese den Namen Regierungen und wurden neu organisirt durch die Instruction vom 26. December 1808[665], die Verordnung vom 30. April 1815[666], die Geschäftsinstruction vom 23. Octbr. 1817[667], die Cabinetsordre vom 31. December 1825[668] und die Verordnungen vom 27. Juni 1845[669]. Die Regierungen zerfallen hiernach in zwei, drei, vier oder fünf Abtheilungen, und diese zum Theil wieder in besondere Sectionen. Der Geschäftskreis erstreckt sich aber auch auf alle Gegenstände der inneren Landesverwaltung, insoweit dieselben überhaupt von einer Territorialbehörde wahrgenommen werden können und für selbige nicht besondere Verwaltungsbehörden angeordnet, oder sie anderen Behörden ausdrücklich übertragen sind.

Die erste Abtheilung der Regierung ist die des Innern, zu der eine besondere Section für Landescultur in Preußen gezogen wird, welche im Regierungsbezirke Frankfurt eine eigene fünfte Abtheilung bildet[669a]. Es gehören vor diese erste Abtheilung 1) die inneren Angelegenheiten der Landeshoheit, als Verfassungs-, ständische-[670], Landesgrenz-, Huldigungs-, Abfahrts- und Abschoßsachen; Ertheilung von Pässen und Reisen außerhalb Landes; Auslieferung fremder Unterthanen; die Publicationen der Gesetze und Verordnungen durch das Amtsblatt; die Legitimationen für Inländer zum besseren Fortkommen im Auslande[671]. 2) Die gesammte Sicher-

---

664) Mylius, Corp. Const. March. Tom. VI. Pars. II. Fol. 242 flg.

665) Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 703. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. VII, S. 378 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. IX, S. 415 flg.

666) Gesetzsammlung S. 85 flg.

667) A. a. S. 248 flg., 282 flg. S. Wegener, die Dienstinstruction für die königl. Regierungen u. s. w., Berlin 1842, 2 Bde. Dazu Nachträge 1847. S. v. Stein's Urtheil über die Instruction, in dessen Denkschriften, herausgegeben von Pertz, S. 192 flg.

668) Gesetzsammlung S. 1 flg. Verb. mit der Geschäftsanweisung für die Regierungen, welche die königliche Bestätigung erhalten, vom 31. December 1825, in v. Kamptz Annalen Bd. IX, S. 821 f., desselben Jahrbücher Bd. XXVII, S. 241 flg.

669) A. a. O. S. 440 flg., 443 flg.

669a) S. Anm. 655, 656.

670) Hierbei hat die Abtheilung nur die Aufträge des Oberpräsidenten auszuführen, nach der Cabinetsordre vom 31. December 1825, D. II. 1.

671) Rescript des Ministeriums des Innern vom 18. Februar 1829 (v. Kamptz Annalen Bd. XVIII, S. 138).

heits- und Ordnungspolizei, mithin Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, Vorbeugung und Stillung von Aufläufen, Ausmittelung und Ergreifung von Verbrechern, Generalvisitationen, Gefängnisse, Straf- und Correctionsanstalten, Vorbeugung von Feuersbrünsten und polizeiwidrigen Bauten, Wiederherstellung der abgebrannten Gebäude, Landarmenanstalten, Hospitäler und Armenwesen und was sonst mit solchen Gegenständen zusammenhängt. 3) Die Gewerbe- und Baupolizei, ingleichen die Verwaltung der Einkünfte von Kunststraßen. 4) Medicinal- und Gesundheitsangelegenheiten in polizeilicher Hinsicht. 5) Die landwirthschaftliche Polizei. 6) Das gesammte Communalwesen, die Aufsicht über alle Corporationen, Gesellschaften, Verbindungen, öffentliche Institute und Anstalten. 7) Das Mennonisten- und Judenwesen, überhaupt die Angelegenheiten solcher Angesessenen, in ihrer bürgerlichen Beziehung, welche wegen der Religionsverschiedenheit nicht alle bürgerlichen Rechte und Pflichten haben. 8) Sämmtliche Militärsachen, bei welchen eine Einwirkung der Civilverwaltung stattfindet. 9) Die Sammlung aller statistischen Nachrichten; ihr Ordnen und Zusammenstellen zu Generalwerken. 10) Die Aufsicht und Verwaltung über die Institutskasse bei der Regierung.

Die zweite Abtheilung ist für die Kirchenverwaltung und das Schulwesen bestimmt. Es gehören dazu 1) die Regulirung des Interimisticums in streitigen Kirchen-, Pfarr- und Küsterbausachen; 2) die Aufsicht über die Kirchenbücher; 3) die Sorge für Anlegung und Unterhaltung der Kirchhöfe; 4) die Anordnung und Vollstreckung der zur Aufrechthaltung der äußeren kirchlichen Ordnung erforderlichen polizeilichen Vorschriften; 5) die Aufsicht über das Vermögen der dem landesherrlichen Patronate nicht unterworfenen Kirchen, kirchlichen Stiftungen und Institute, sowie die Ausübung der landesherrlichen Aufsichts- und Verwaltungsrechte in Ansehung der dem landesherrlichen Patronate unterworfenen Kirchen u. s. w.; 6) die Ernennung und Bestätigung der für die Verwaltung des kirchlichen Vermögens anzustellenden weltlichen Kirchenbedienten, die Aufsicht über deren amtliche und sittliche Führung und Disciplin[672]. Wo über das Vorhandensein eines kirchlichen Bedürfnisses oder die Abmessung seines Umfanges Zweifel entstehen, ingleichen wo es sich um die Verwendung der bei der Verwaltung des Vermögens einzelner Kirchen, kirchlichen Stiftungen und Institute sich ergebenden Ueberschüsse handelt, haben sich die Regierungen mit den Consistorien in näheres Einver-

---

672) Nach der Verordnung vom 27. Juni 1845 §. 1, 2 (Gesetzsammlung S. 443) ist die Bestätigung der zu Stellen bischöflicher Collation oder Privatpatronates berufenen katholischen Geistlichen, sowie die Ausübung des landesherrlichen Ernennungsrechtes zu den katholischen geistlichen Stellen von den Regierungen auf die Oberpräsidenten übergegangen. Durch die Verfassungsurkunde Art. 18. ist dies jedoch wesentlich beschränkt worden (s. unten).

nehmen zu setzen[673]). — Die Regierung hat in den hier genannten Angelegenheiten, sowie in Beziehung auf das Schulwesen, die Befugniß, die Geistlichen durch Ermahnungen, Zurechtweisungen und Ordnungsstrafen zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten anzuhalten. Wenn bei einer Regierung eine besondere Abtheilung für die Kirchenverwaltung und das Schulwesen nicht besteht, so ist der Abtheilung für das Innere der Geschäftskreis derselben übertragen.

Als dritte Abtheilung besteht die für die Verwaltung der directen Steuern, der Domänen und Forsten. Vor dieselbe gehören sämmtliche Angelegenheiten, welche sich auf das Staatseinkommen aus den Grund- und Personalsteuern beziehen[674]), oder auf die Verwaltung der Domänen und Forsten und solcher Regalien, welche bisher mit der Domänen- und Forstverwaltung verbunden waren, insbesondre auch die landesherrliche Forst- und Jagdpolizei[675]). In der Provinz Brandenburg besteht bei der Regierung zu Potsdam und Frankfurt eine vierte Abtheilung für die Verwaltung der indirecten Steuern, welcher die Bearbeitung Alles dessen zugewiesen ist, was sich auf die nach den Etats zu den indirecten Abgaben gerechneten Staatseinkünfte bezieht, mit Inbegriff der Abgaben von den Communicationsanstalten, des Kalenderwesens, der Maßregeln zum Schutz des Salzmonopols[676]).

Jede Abtheilung der Regierung hat ihren eigenen Dirigenten, mit dem Charakter „Oberregierungsrath", die ganze Regierung aber steht unter einem Präsidenten. In der Regel ist dies der Oberpräsident bei der Regierung, welche sich an seinem Wohnorte befindet; doch wird bei einer solchen noch ein Vicepräsident bestellt, welcher den Oberpräsidenten im Falle der Verhinderung zu vertreten, auch die Präsidialgeschäfte insofern zu übernehmen hat, als es das Staatsministerium auf den Antrag des Oberpräsidenten bestimmt. Bei den übrigen Regierungen wird der Präsident durch einen für immer dazu ernannten Vorgesetzten einer Abtheilung vertreten. — Unter dem Vorsitze des Präsidenten werden Plenarversammlungen gehalten. An diesen nehmen Theil die Oberregierungsräthe, mit Einschluß des Oberforstmeisters, als Mitdirigenten der Abtheilung für Domänen und Forsten, die Regierungsräthe, die technischen Mitglieder (nämlich die Geistlichen-, Schul-, Medicinal-, Bau-, Forsträthe) und Assessoren, von welchen die beiden letzteren nur in denjenigen Angelegenheiten, welche zu ihrem Geschäftskreise gehören,

---

673) Ueber die Angelegenheiten, welche der Regierung und dem Consistorium gemeinsam sind, vgl. man die Verordnung vom 27. Juni 1845 (s. unten).

674) S. F. G. Schimmelpfennig, die preußischen directen Steuern, 2. Ausg., Berlin 1843 4.

675) Zur Erläuterung vgl. man das Ministerialrescript vom 1. September 1832, in v. Kamptz Annalen Bd. XVI, S. 586.

676) S. oben Anm. 660, 662.

resp. nur in den von ihnen selbst bearbeiteten Sachen ein volles Stimmrecht haben[677]). Auch die Provinzial-Steuerdirectoren sind befugt, dem Plenum beizuwohnen, und der Präsident ist berechtigt, einzelne Landräthe mit einem Votum zuzuziehen. Für die Kassen-, Etats- und Rechnungsangelegenheiten sind eigene Kassenräthe bestellt; jede Abtheilung hat ihren Justitiar, sowie ein besonderes Subalternenpersonal (Secretaire, Assistenten, Kanzellisten u. s. w.).

Von den Regierungen ressortiren:

a) Die Landrathämter[678]). Die Regierungsbezirke zerfallen in Kreise, deren unmittelbare Verwaltung Landräthen, als Unterbeamten und Commissarien der Regierung anvertraut ist. Schon frühzeitig kommen dieselben in der zwiefachen Qualität, als ständische und landesherrliche Beamte vor[679]), und konnten daher auch beim Verfall des Ständewesens fortbestehen. Es wurde ihnen die Verwaltung der Polizei auf dem Lande übertragen. Seit der Wiederbelebung der ständischen Verhältnisse wurde die ältere ständische Bedeutung der Landräthe wieder mit anerkannt, indem den Kreisständen die Wahl überlassen ward, und die Regierung sich nur die Bestätigung vorbehielt. Dies geschah zuerst für Brandenburg und Pommern durch das Reglement vom 22. August 1826[680]) und wurde dann den übrigen Provinzen, in welchen zum Theil bis 1806 von den Rittergutsbesitzern das Recht geübt war, ebenmäßig zuerkannt[681]). In der neueren Zeit war man jedoch in der Praxis davon öfter abgewichen, und die Verfassungsurkunde Art. 105, Nr. 2 sprach den allgemeinen Grundsatz aus, „die Vorsteher der Kreise werden vom Könige ernannt". Nachdem dieser Artikel aufgehoben worden (s. oben Anm. 506) ist, dem Wunsche der Provinziallandtage von 1851 und 1852 gemäß, die Herstellung des Rechtes zu erwarten. Die Vertretung der Landräthe durch die Kreisdeputirten, welche schon vor der Beseitigung der Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung vom 11. März 1850 nach dem Rescript des Ministeriums des Innern vom 4. August 1850 als zulässig betrachtet werden konnte[682]), unterliegt keinem ferneren Bedenken.

Die Landraths-Candidaten haben sich vor ihrer Anstellung einer

---

677) Ministerialrescript vom 20. August 1828 und vom 1. September 1832, in v. Kamptz Annalen Bd. XII, S. 625. Bd. XVI, 586.

678) Vgl. die oben (nach Anm. 445) angeführte Literatur über die ständische Verfassung; verb. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 195 flg. Rauer, die ständische Gesetzgebung a. a. O.

679) S. über den Ursprung der Landräthe in der Mark Brandenburg, in v. Kamptz Annalen Bd. XII, S. 881 flg.

680) In v. Kamptz Annalen Bd. X, S. 592 flg. Verb. Cabinetsordre vom 10. November 1826 (v. Kamptz a. a. O. S. 936), vom 30. November 1827 (a. a. O. Bd. XI, S. 872 flg.) u. a. m.

681) Die einzelnen Gesetze bei Rauer a. a. O. Th. II, S. 527 flg.

682) Ministerialblatt des Innern S. 242.

Prüfung durch eine besondere Regierungscommission zu unterwerfen, insofern nicht der König davon entbindet, oder die Qualification durch das Zeugniß vollständiger Vorbereitung nach vollendetem Referendariat bei der Regierung oder die höhere juristische Prüfung nachgewiesen ist[683]). Vorausgesetzt wird aber noch überhaupt die Wählbarkeit nach allgemeinen Erfordernissen, vermöge Grundbesitzes im Kreise[684]), wovon jedoch dispensirt werden kann. Die Amtsverrichtungen des Landrathes umfassen alle seinen Kreis betreffenden Gegenstände der Administration, sowie die Stadt-, Land- und Gewerbepolizei, und in dieser Hinsicht sind ihm sämmtliche Orts- und Communalvorsteher der Städte (mit Ausschluß derer, wo besondere Polizeipräsidien und Directionen bestehen), sowie die Schulzen und Richter der Dörfer untergeordnet; ebenso der für den Kreis bestellte Physikus, Chirurgus und Thierarzt. Zur Vertretung des Landrathes ist der Kreissecretär seines Bureau's befugt[685]).

b) Die Organe der directen Steuerverwaltung, die Kreissteuereinnehmer (Rendanten), als Vorsteher der in den Kreisstädten befindlichen Kreiskassen, sowie die Ortseinnehmer.

c) Die Kreisphysici und Kreiswundärzte, von welchen die Aerzte und Chirurgen in Gesundheits-Polizeisachen abhängen[686]).

d) Die Departements- und Kreisthierärzte[686a]).

e) Die Domänenpachtämter und Domänenrentämter[687]).

f) Die Forstbeamten, Forstmeister, Forstinspectoren, Oberförster, Rendanten der Forstkassen, Förster[688]).

g) Die Baubeamten. Unter der nächsten Aufsicht der bei den Regierungen angestellten Bauräthe für Land- und Wasserbau stehen besondere Ober- und Unterinspectoren, Land-, Wege-

---

683) Regulativ des Staatsministeriums vom 13. Mai 1838, genehmigt durch die Cabinetsordre vom 10. Juli 1838 (Gesetzsammlung S. 423).

684) S. Ministerialrescript vom 31. Januar 1840, im Ministerialblatt des Innern S. 3, verb. Cabinetsordre vom 23. März 1839, in der Gesetzsammlung S. 154.

685) Vgl. Instruction für die Landräthe und die ihnen untergeordneten Kreisofficianten vom 31. December 1816, gedruckt in den Ergänzungen der preußischen Rechtsbücher (2. Ausg.) Bd. VI, S. 191 flg. (S. dazu Rescript vom 24. November 1822, in v. Kampß Annalen Bd. VI, S. 929.

686) S. die oben Anm. 406a cit. Schrift von v. Rönne und Simon.

686a) Reglement über die Prüfung derselben vom 6. September 1853 (im preußischen Staatsanzeiger Nr. 215, S. 1215 flg.)

687) Vgl. Geschäftsanweisung für die Regierungen vom 31. December 1825, zum Abschnitt II D.

688) S. Allgem. Landrecht Th. I, Tit. IX, §. 127 flg. und die Ergänzungen. Ueber die neuere Organisation s. den Allerhöchsten Erlaß vom 18. September 1850 (Gesetzsammlung S. 489).

Baumeister, Hafenbau-, Dünenplantagen-, Deichinspectoren u. a.[689]).

h) Die Provinzial-Eichungscommissionen[690]).

i) Die Polizeibehörden[691]), in den Städten die Polizeidirectionen und, wo es an solchen fehlt, die Magistrate[692]), auf dem Lande die Dorfschulzen und Gutsherrschaften.

k) Schifffahrts-Commissionen, nämlich Hafenpolizei-Commissionen, Navigationsschulen, Commissionen zur Prüfung der Schiffer, Steuerleute, See- und Revierlootsen, Seeschiffbauer.

l) Flößen- und Torfadministrationen (in Sachsen, Schlesien u. a.).

3) Die Provinzial-Postbehörden[693]). Die älteren Bestimmungen über das Postwesen wurden durch die erneuerte und erweiterte allgemeine Postordnung vom 26. November 1782 geändert[694]). Darauf stützen sich die Vorschriften des allgemeinen Landrechtes Th. II, Tit. XV, §. 141 flg. nebst den Zusätzen in der Verordnung vom 12. Juni 1804[695]) und vielen späteren Erlassen. Die gegenwärtigen Verhältnisse beruhen vorzüglich auf dem Circulare vom 5. Juli 1849 über die beabsichtigten Aenderungen in der Organisation der Postverwaltung, den Erlaß vom 19. September 1849 über die Umgestaltung der Verwaltung, nebst der Bekanntmachung des Ministeriums vom 19. December 1849, und ganz besonders auf dem Gesetze vom 5. Juni 1852, nebst dem dazu gehörigen Reglement vom 31. Juli d. J.[696]) und vielen speciellen Bestimmungen, welche sich in dem seit 1848 erscheinenden „Amtsblatt des königlichen Postdepartements, redigirt im Generalpostamte", im Ministerialblatte des Innern und Staatsanzeiger befinden. Gegenwärtig besteht für jeden Regierungsbezirk, sowie für Berlin eine Oberpostdirection, mit einer Bezirkspostkasse, welcher

---

689) Die Verordnungen für dieselben finden sich in v. Kamptz Annalen a. a. O. M. s. insbesondre die Vorschriften für die Prüfung der Baubeamten vom 8. September 1831 (v. Kamptz a. a. O. Bd. XV, S. 517 flg.).

690) S. Maaß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816, in der Gesetzsammlung S. 142 flg., und Ergänzungen s. Kletke, preußische Maaß- und Gewichtsordnung u. s. w., Berlin 1844 8.

691) S. überhaupt Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 514 flg.

692) Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 62 (Gesetzsammlung S. 26).

693) S. Mathias, Darstellung des Postwesens in den königlich preußischen Staaten, Berlin 1829, 2. Aufl., 2 Bde. 8. Ergänzungen zum Allgem. Landr. Th. II, Tit. XV, §. 141 flg. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 399 flg.

694) S. Nov. C. C. Tom. VII. Fol. 1726 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. I, Th. VII, S. 188 flg.

695) S. Nov. C. C. Tom. XI. Nr. 27. Mathis, juristische Monatsschrift Bd. I, S. 41. v. Rabe Bd. VIII, S. 79 flg.

696) Ministerialblatt des Innern S. 148 flg. Gesetzsammlung für 1849 S. 299. Ministerialblatt des Innern S. 287. Gesetzsammlung für 1852 S. 345 flg. Ministerialblatt des Innern S. 176 flg.

die Postämter untergeben sind, die in zwei Classen zerfallen und an deren Spitze die Postdirectoren und Postmeister stehen[697]).

4) Die Provinzial-Bergbehörden[698]). Das Bergwerksrecht in Preußen beruht auf provinziellen Bergordnungen, deren Redaction auf der Grundlage der älteren Gesetze unter Friedrich dem Großen erfolgte. Es sind dies für Cleve, Mörs und die Grafschaft Mark die Bergordnung vom 29. April 1766, für das Herzogthum Schlesien und die Grafschaft Glatz vom 5. Juni 1769, für Magdeburg, Halberstadt, Mannsfeld, Hohenstein und Reinstein vom 7. December 1772[699]). In den später erworbenen Landestheilen blieben die hergebrachten Bergordnungen in Geltung[700]), da das allgemeine Landrecht nur zur subsidiären Abhilfe dienen soll. Dazu sind seitdem eine Menge von Specialordnungen ergangen, welche sich in der Gesetzsammlung finden. Seit 1853 erscheint auch eine eigene Zeitschrift für das Berg-, Hütten- und Salinenwesen, mit Genehmigung der Ministerialabtheilung für Bergwesen u. s. w., herausgegeben von R. v. Carnall.

In den Provinzen Schlesien, Sachsen, Westphalen und Rheinland stehen an der Spitze der Berwerksverwaltung Oberbergämter, von welchen die Berg-, Hütten- und Salzämter, sowie (in Sachsen) die Salinen-, Alaunwerksverwaltung und Salzmagazine ressortiren; dagegen stehen im Bereich des brandenburgischen Hauptbergdistrictes die betreffenden Unterbehörden, die Berg-, Hütten- und Eisengießereiämter u. s. w., unmittelbar unter dem Ministerium für Handel-, Gewerbe und öffentliche Arbeiten. Dasselbe gilt von dem Hütten- und dem Salzamte in Pommern, während in Preußen und im Regierungsbezirke Potsdam die Regierung dem Hüttenamte und der Rheintorfinspection resp. vorsteht.

Bis zur Verordnung vom 26. December 1808 stand den Ober-

---

697) S. Verordnung vom 21. Juli 1850, betreffend die Classification der Postanstalten, im Ministerialblatt des Innern S. 262. Cabinetsordre vom 4. September 1850, betreffend den Amtscharakter und Rangverhältniß der Vorsteher der Postämter, in der Gesetzsammlung S. 399.

698) Schulz, Handbuch des preußischen Bergrechtes, Essen 1820 8. Steinbeck, in den Ergänzungen der preußischen Rechtsbücher, zum allgemeinen Landrechte Th. II, Tit. XVI, Abschn. IV.

699) S. die oben mitgetheilte Uebersicht der Literatur der Provinzialrechte. Die schlesische Bergordnung findet sich in Korn's Edictensammlung für 1769 S. 89 flg., die beiden anderen im Texte erwähnten auch in v. Rabe's Sammlung Bd. I, Abth. III, S. 168 flg. Abth. IV, S. 446 flg.

700) Es sind dies besonders die sächsischen und die rheinisch-westphälischen. Am linken Rheinufer gelten, nach dem Code civil art. 552, die französischen Gesetze (s. Martins, die in den Rheinprovinzen giltigen französischen Bergwerksgesetze, Coblenz 1836 8. Nöggerath, Sammlung der Gesetze und Verordnungen in Berg-, Hütten-, Hammer- und Steinbruchsangelegenheiten, welche seit der Wirksamkeit des königlich preußischen rheinischen Oberbergamtes erlassen sind, Bonn 1826 flg.)

bergämtern in den Provinzen und der Bergwerks- und Hütten-Administrations-Justiz-Deputation zu Berlin die Gerichtsbarkeit in persönlichen und dinglichen Verhältnissen des Bergwerkswesens zu. Die den Bergämtern theilweise überlassene Jurisdiction wurde bereits im Jahre 1804 aufgehoben und den ordentlichen Gerichten überwiesen. Die hieraus ergangenen Nachtheile veranlaßten die Verordnung vom 21. Februar 1816[701]), durch welche mit den Bergämtern besondere Berggerichte verbunden wurden, deren Competenz auf reine Bergwerksstreitigkeiten[702]) beschränkt blieben, und von welchen die Berufung an die betreffenden Obergerichte des Sprengels gehen sollte[703]). Diese Gerichte haben aber in Folge der Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 13 aufgehört, jedoch mit der Bestimmung, daß bei Rechtsstreitigkeiten über Bergwerksangelegenheiten bergmännische Sachverständige mit berathender Stimme, so oft es erforderlich scheint, zugezogen werden[704]).

5) Das königliche Creditinstitut für Schlesien in Breslau. Bis zum Jahre 1850 bestand dasselbe, gemäß Verordnung vom 8. Juni 1835 und Cabinetsordre vom 28. December d. J.[705]), als eine unmittelbar dem Könige unterworfene Behörde zu Berlin, mit der Bestimmung, das schlesische Pfandbrief-Institut zu suppliren. In Folge der veränderten Staatsverfassung ist dasselbe durch den Allerhöchsten Erlaß vom 4. März 1850[706]) den Ministerien des Innern und der Finanzen untergeordnet und die Verwaltung dem schlesischen Oberpräsidenten übertragen.

II. Justizbehörden[707]).

Die Einrichtung des Justizwesens in den einzelnen Provinzen des preußischen Staates hat im Laufe der Zeit mannigfache Veränderungen erfahren. Bis zum Jahre 1848 bestanden noch große Verschiedenheiten,

---

701) Gesetzsammlung S. 104.

702) Im Sinne der allgemeinen Gerichtsordnung Th. I, Tit. II, §. 126.

703) S. überhaupt Starke, Beiträge zur Kenntniß der bestehenden Gerichtsverfassung im preußischen Staate Th. I, S. 381 flg.

704) Gesetzsammlung für 1849 S. 4. Verb. Gesetz vom 26. April 1851 Art. 4, in der Gesetzsammlung S. 183.

705) Gesetzsammlung für 1835 S. 101, für 1836 S. 7. Verb. Cabinetsordre vom 11. Juli 1845 und Allerhöchste Declaration vom 17. Mai 1847, in der Gesetzsammlung 1845 S. 487, 1847 S. 229.

706) Gesetzsammlung S. 272, 273.

707) M. s. vorzüglich Starke, Beiträge zur Kenntniß der bestehenden Gerichtsverfassung und der neuesten Resultate der Justizverwaltung in dem preußischen Staaten, Berlin 1839 flg., 3 Thle. 8. Jahrbuch der preußischen Gerichtsverfassung mit den Anciennitätslisten der Justizbeamten, redigirt im Bureau des Justizministeriums, erster Jahrgang, Berlin 1851 8. (wird jährlich neu aufgelegt). Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, Theil III, und die Nachträge zum Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XVII, wie zur allgemeinen Gerichtsordnung. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 469 flg.

deren Grund theils in dem Vorhandensein des eximirten Gerichtsstandes und der Patrimonialgerichtsbarkeit, theils in der Eigenthümlichkeit der anwendbaren Gesetzgebung zu suchen ist. Es schied sich darnach eine besondere Gerichtsverfassung in Posen, in der Rheinprovinz, und zwar abweichend für das rechte und linke Rheinufer, und in Neuvorpommern, von der Organisation in den übrigen Landestheilen. Schon früher war die Regierung darauf bedacht gewesen, eine gemeinschaftliche Einrichtung für den ganzen Staat durchzuführen, insbesondre die Privatgerichtsbarkeit zu beseitigen, den collegialischen Organismus zu verallgemeinern, die privilegirten Fora aufzuheben. Die Verbindung von Gerichtsdeputationen und Commissionen mit Collegien wurde für das Land- und Stadtgericht zu Großwanzleben durch einen Organisationsplan vom 11. November 1846, genehmigt durch die Cabinetsordre vom 18. December d. J.[708]), zu dem Zwecke versuchsweise eingeführt, und sollte nach und nach auf alle königlichen Untergerichte für kleine Städte und das platte Land ausgedehnt werden[709]). Diesem Plane gemäß sollten auch die Patrimonialgerichte mit den Collegien der königlichen Gerichte verbunden werden, zu welchem Behufe ein „Regulativ zur Verwaltung der Patrimonialgerichte des Guhrauer Kreises" im Departement des Oberlandgerichtes zu Glogau, entworfen und auf den Antrag des Justizministers vom Könige unterm 5. November 1847 genehmigt wurde[710]). Eine Ausdehnung auf andere Kreise erfolgte alsbald[711]).

Der diesen Anordnungen zu Grunde liegende Gedanken wurde als Princip in der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 ausgesprochen, Art. 4: Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich, Art. 40 (in der revidirten Verfassung 42): aufgehoben ohne alle Entschädigung sind, die Gerichtsherrlichkeit u. s. w., Art. 85 (revid. 86): die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch ... Gerichte geübt, Art. 88 (revid. 89): die Organisation der Gerichte wird durch das Gesetz bestimmt. Dieses Gesetz über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximirten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte erging unterm 2. Januar 1849[712]), und unterm

---

708) S. den Organisationsplan im Justizministerialblatt 1847 Nr. 22. Ueber das Verhältniß der Commissionen zum Collegium vgl. Instruction für das Oberlandesgericht Paderborn vom 24. April 1846 (im Justizministerialblatt S. 90 flg.). Verfügung vom 8. u. 27. November 1846 (a. a. O. für 1847 S. 2).

709) S. über die Einführung des Organisationsplanes u. s. w. in der ganzen Monarchie, mit besonderer Rücksicht auf das Großherzogthum Posen, in der juristischen Wochenschrift für die preußischen Staaten, Berlin 1847 Nr. 50—52. Vgl. auch das Justizministerialblatt für 1848 S. 63.

710) S. Justizministerialblatt für 1847 Nr. 49, S. 359 flg.

711) Justizministerialblatt für 1848 S. 65, 66 u. a.

712) Gesetzsammlung S. 1 flg. Vgl. Schering, die Verordnung vom 2. Januar 1849 u. s. w., nebst Motiven und den inzwischen ergangenen Rescripten u. s. w., Berlin 1849 8.

26. April 1851, die Zusätze dazu enthaltend[713]). Die dadurch hergestellte Einrichtung gilt im ganzen Staate, mit Ausnahme eines Theiles der Rheinprovinz, besonders des linken Rheinufers, weshalb davon besonders die Rede sein muß. Ferner kommt der Unterschied der ordentlichen und der für gewisse Classen von Personen und für gewisse Gattungen von Rechtsgeschäften bestehenden Gerichte in Betracht.

1) Die allgemeine preußische Gerichtsverfassung.

Für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Sachsen, Schlesien, Westphalen, und von der Rheinprovinz die Kreise Rees und Duisburg, sowie den auf dem rechten Ufer des Rheines gelegenen Theil des Regierungsbezirkes Coblenz (Justizsenat Ehrenbreitstein) und die Fürstenthümer Hohenzollern (nach dem Gesetze vom 30. April 1851)[714]), besteht gegenwärtig für die drei hergebrachten Instanzen ein übereinstimmender Organismus der Justizbehörden.

a) Gerichte erster Instanz[715]).

Als Gerichte erster Instanz fungirten früher die Untergerichte erster Classe (Collegia) und zweiter Classe (Einzelrichter), Stadtgerichte, Landgerichte, Land- und Stadtgerichte, Justizämter, Landvogteigerichte, Fürstenthumsgerichte, Justizkammern, Gerichtsämter, Bagatell- und Civildeputationen, Gerichtscommissionen, Gerichtstagscommissarien. Während diese über die nicht eximirten Personen und Grundstücke, ausnahmsweise, wie die standesherrlichen Gerichte, auch über Eximirte die Jurisdiction besaßen, während über die letzteren in der Regel die Oberlandesgerichte zu erkennen hatten, ist in Folge der Verordnung vom 2. Januar 1849 die Gerichtsbarkeit in erster Instanz den Stadt- und Kreisgerichten übertragen. Eigene Stadtgerichte haben nur die Städte von mindestens 50,000 Einwohnern (Berlin, Breslau, Königsberg, Danzig, Magdeburg)[716]). Diese Gerichte bestehen aus zwei oder mehreren Directoren, von denen der erste den Titel „Präsident" führt, und der erforderlichen Zahl von Richtern (Stadtgerichtsräthe und Stadtrichter).

Für Städte mit geringerer Bevölkerung und das platte Land, in Kreisen von durchschnittlich 50,000 Einwohnern, sind Kreisgerichte angeordnet, welche sich in der Regel in der Kreisstadt des landräthlichen Kreises befinden, und aus einem Kreisgerichtsdirector nebst

---

713) Gesetzsammlung S. 181 flg.

714) Gesetzsammlung S. 188.

715) Vgl. bes. das Circular-Rescript vom 18. Juli 1850, betreffend das Geschäftsregulativ für die Gerichte erster Instanz, im Justizministerialblatt S. 232—248.

716) Die Gerichte zu Danzig und Magdeburg sind Stadt- und Kreisgerichte zugleich.

wenigstens vier oder fünf Richtern (Kreisgerichtsräthe und Kreisrichter) bestehen.

Wenn im Sprengel eines Kreisgerichtes sich Orte befinden, welche früher Sitze größerer Gerichte waren, oder sonst wegen zu großer Entfernung vom Gerichtssitze sich ein erhebliches Bedürfniß dazu ergiebt, werden einzelne stehende Richter (Bezirksrichter und Gerichtscommissarien) für einen Sprengel von durchschnittlich 7500 Einwohnern bestellt. Diese Commissarien sind Mitglieder des betreffenden Kreisgerichtes, stehen unter der Aufsicht des Directors desselben und werden erforderlichen Falles von ihm als Ergänzungsrichter einberufen. An solchen Orten sind aber auch in manchen Districten Gerichtsdeputationen, als Abtheilung der Kreisgerichte mit wenigstens drei Mitgliedern, für die collegialisch zu behandelnden Sachen angeordnet. Diese Deputationen sind beständige oder werden von Zeit zu Zeit vorübergehend von mehreren Gerichtscommissarien gebildet. Außerdem sind auch aus der älteren Einrichtung Gerichtstagscommissionen beibehalten, indem ein Mitglied des Kreisgerichtes mit einem Gerichtsschreiber abwechselnd nach Bedürfniß an einzelnen Orten besondere Gerichtstage abhält.

Jedes Hauptgericht erster Instanz zerfällt in zwei Abtheilungen, welche sich unter dem Vorsitze des Directors[717]) zu einem Plenum vereinigen. Vor das Plenum gehören solche Generalien, welche von Interesse für das ganze Collegium sind. Die erste Abtheilung bearbeitet die streitige Gerichtsbarkeit in allen Civil- und Strafsachen, einschließlich der Credit- und Subhastationssachen, sowie die Requisitionen und Aufträge aus dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit, die zweite Abtheilung bearbeitet die Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, also die Nachlaß-, Vormundschafts-, Curatel- und Hypothekensachen, sowie die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nebst den Requisitionen und Aufträgen in solchen Angelegenheiten. Der Director ist in der Regel Dirigent der ersten Abtheilung, während der Vorsitzende der zweiten, wenn nicht ein zweiter Director vorhanden ist, vom Justizminister auf Vorschlag des Appellationsgerichtes bestimmt wird. Die Gerichtscommissionen bearbeiten die Bagatell- und Injuriensachen, Creditsachen und Prioritätsstreitigkeiten, deren Object nicht 50 Thaler übersteigt, Sequestrationen und Administrationen, soweit als den Commissionen die Executionsverfügung zusteht, Subhastationen, vormundschaftliche Processe, Todeserklärungen, Processe gegen ausgetretene Cantonisten, Aufgebotssachen, Generalmoratorien und Güterabtretungen, und in allen übrigen Civilprocessen diejenigen Verhandlungen, bei welchen es nicht auf mündliche Verhandlung und contradictorische Entscheidung vor dem Collegium ankommt; ferner Forstrügesachen, die den

---

717) Ueber dessen Stellung s. m. allgem. Gerichtsordnung Th. III, Tit. II, §. 1 flg. Tit. VIII, §. 8. Regulativ vom 18. Juli 1850 §. 4.

Einzelrichtern überwiesenen Polizeiübertretungen und Vergehen, die Erlassung aller den Civilgerichten in Strafsachen obliegenden vorläufigen Verfügungen, sowie die Function eines Untersuchungsrichters, Aufnahme von Gesuchen der Gerichtseinsassen und Weiterbeförderung an die competente Behörde, freiwillige und nicht streitige Gerichtsbarkeit, Erledigung von Aufträgen des Kreis- oder Appellationsgerichtes des Departements. Die Gerichtsdeputationen haben die collegialische Bearbeitung der nicht streitigen, wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die zur Competenz der Gerichtscommissionen gehörigen Civilprocesse und Strafsachen, die schleunigen Civilprocesse, die vom Kreisgericht ihnen überwiesenen Civil- und Strafsachen.

Aus älterer Zeit bestehen noch im District des Justizsenates in Ehrenbreitstein für die freiwillige Gerichtsbarkeit Voluntärgerichte, unter dem Namen: Schöffengerichte, Kirchspielsgerichte, Schultheißereien, Feldgerichte[718]), deren Competenz durch die Instruction vom 5. Juni 1852 näher bestimmt ist[719]). Die Schöffengerichte bestehen aus einem Stadt- oder Gerichtsschultheißen und sieben von den Gemeinden gewählten Schöffen. Zur iurisdictio voluntaria derselben gehören, neben den Acten der eigentlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit über Mobilien, die Führung der Contracten- und Hypothekenbücher, Ertheilung von Attesten über Eigenthum, Besitz und Dispositionsbefugniß des Grundbesitzers, über Lasten, Verpfändung, Werth der Grundstücke, freiwillige Versteigerung von Mobilien, Aufnahme von Taxen und Inventarien u. a. Beschränkter sind die Kirchspiels-, Volksgerichte, und die für eine einzelne Gemeinde bestellten Feldgerichte, aus einem Schultheißen und 3 bis 6 Feldgeschworenen bestehend.

b) Gerichte zweiter Instanz[720]).

Die Landesjustizcollegia, Regierungen, seit 1808 Oberlandesgerichte, sollten nach der Verordnung vom 30. April 1815 §. 5—8[721]) in der Regel in jedem Regierungsbezirke mit der Verwaltung einen gleichen Umfang haben, den eximirten persönlichen und dinglichen Gerichtsstand bilden, sowie den obersten Criminalgerichtshof, desgleichen die zweite (Appellations-) Instanz in Civil- und Strafsachen für die bei den Untergerichten ihres Sprengels entschiedenen Fälle. Die größeren

718) Vgl. den oben Anm. 263 citirten Hertel. Verh. Schepers, die Schöffengerichte, in Sommer und Boele, neues Archiv für preußisches Recht, Bd. XII (Arnsberg 1847) Heft IV, Nr. XXXIX. — Die älteren Landschreibereien sind aufgehoben.

719) Justizministerialblatt S. 234 flg.

720) Vgl. das Circular vom 17. September 1850, betreffend das Geschäftsregulativ für die Appellationsgerichte, im Justizministerialblatte S. 323—332.

721) Gesetzsammlung S. 55.

Collegia waren zugleich in einer besonderen Abtheilung (Senat) die zweite Instanz für die in einer anderen Abtheilung (erster Senat) oder bei einem anderen kleineren Obergerichte in erster Instanz abgeurtheilten Sachen, ja in manchen Fällen sogar die dritte Instanz. Besondere Reglements bestimmten die Geschäftsordnung, welche, wie namentlich beim Kammergericht in Berlin, eine sehr mannigfaltige war[722]). Eine eigene Appellationsspruchbehörde für die Provinz Preußen war das 1657 gegründete Tribunal zu Königsberg, welches nach der Instruction vom 10. September 1840[723]) und dem Regulativ vom 11. August 1832, der Cabinetsordre vom 13. October 1833, 22. December 1838 und 16. November 1846 verfuhr[724]). Für die Provinz Posen war das Oberappellationsgericht zu Posen in Civilsachen schlechthin die zweite Instanz, ebenso in Strafsachen, welche in erster Instanz von den Oberlandesgerichten entschieden waren, nach der Verordnung vom 16. Juni 1834[725]). In Neuvorpommern war das Oberappellationsgericht zu Greifswald das höchste, unter welchem das Hofgericht und Consistorium daselbst standen[726]).

Nach der Gerichtsorganisation von 1849 (Verordnung vom 2. Januar §. 24—26)[727]) sind diese besonderen Appellationsgerichte aufgehoben und allgemein als zweite Instanz die bisherigen Obergerichte anerkannt. Sie erhalten, mit Ausnahme des Kammergerichtes und des Justizsenates zu Ehrenbreitstein, den Namen Appellationsgericht.

In ihrem Sprengel, in der Regel den Regierungsbezirk umfassend[728]), bilden sie die Appellationsinstanz in Civilsachen von mehr als 50 Thalern, in Strafsachen, wenn in erster Instanz die Gerichtsabtheilung für Vergehen erkannt hat, sodann die Recursinstanz für Civilprocesse von 50 Thalern und weniger, für Strafsachen, wenn in

---

722) Verb. Starke, Beiträge a. a. O. Th. II, insbesondre vom Kammergerichte Th. II, Abth. II, S. 24 flg.

723) In v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LVI, S. 190—193.

724) Gesetzsammlung 1832 S. 208; 1833 S. 125; 1839 S. 26; 1846 S. 515. S. (Simson) Geschichte des Tribunals zu Königsberg, Königsberg 1844 4.

725) Gesetzsammlung S. 75.

726) S. Starke a. a. O. B. I, S. 260 flg. Durch die Cabinetsordre vom 13. Juni 1835 erhielt das Obertribunal die Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision gegen die Urtheile des Oberappellationsgerichtes (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. XLV, S. 433). Erst durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 28 wurde die vollständige Subjection unter das Obertribunal ausgesprochen.

727) Verb. Gesetz vom 26. April 1851 Art. IX (Gesetzsammlung S. 181) und das Anm. 720 cit. Regulativ.

728) Einige Appellationsgerichte haben einen größeren Sprengel, wie das in Hamm, dem auch die Kreise Rees und Duisburg im rheinischen Regierungsbezirke Düsseldorf untergeben sind, das in Arnsberg, das sich mit über die hohenzollern'schen Fürstenthümer erstreckt.

erster Instanz ein Einzelrichter erkannt hat; die Aufsichts- und Beschwerdeinstanz für alle Stadt- und Kreisgerichte, Commissionen und Deputationen ihres Bezirkes. Sie sind auch die Disciplinargerichte für ihre Mitglieder, ausgenommen die Präsidenten und Directoren, und für die übrigen Justizbeamten des Departements[729]). Außerdem verbleiben ihnen die bisher zu ihrer Competenz gehörigen Lehns-, Familienfideicommiß- und Familienstiftungssachen, die letzteren sofern die Stiftungsurkunden ihnen die Verwaltung übertragen haben; desgleichen die Ertheilung von Beglaubigungen und Bescheinigungen von Urkunden, von welchen im Auslande Gebrauch gemacht werden soll, auch die Justizvisitationen und Anstellungssachen.

Jedes Appellationsgericht besteht aus zwei Senaten, einem Civil- und einem Criminalsenate[730]), welche sich unter dem Vorsitze des Präsidenten[731]) zu einem Plenum vereinigen. Vor dasselbe gehören solche Generalien, welche für das ganze Collegium von Interesse sind, insbesondre Gegenstände der Gesetzgebung und Justizverwaltung, Justizvisitationen und Geschäftsrevisionen, Einrichtungs-, Bau-, Etats-, Kassen- und Personalangelegenheiten; die Lehens-, Fideicommiß-, Familienstiftungs- und andere Stiftungssachen; die Ertheilung von Beglaubigungen u. s. w.; die Beschwerden in nicht processualischen Angelegenheiten; die Disciplinar- und Pensionirungssachen der Beamten; die Beschlüsse über die Prüfung der Auscultatoren, Referendarien und Subalternen; die Einführung der richterlichen Beamten und andere allgemeine Angelegenheiten. Vor den Civilsenat gehören die Civilappellations- und Recurssachen, Beschwerden, Requisitionen und Implorationen in allen civilprocessualischen Angelegenheiten. Dem Criminalsenate sind überwiesen die Verfügungen und Entscheidungen in Strafsachen zweiter Instanz, Beschlüsse in Schwurgerichtssachen, Begnadigungssachen, die Beaufsichtigung des Gefangenwesens.

Die Senate zerfallen zur Bearbeitung dieser Sachen in besondere Deputationen. Der Civilsenat hat wenigstens eine Deputation von fünf Mitgliedern und einem Ergänzungsrichter, der Criminalsenat deren zwei von fünf und drei Mitgliedern.

c) Gerichte dritter Instanz.

Nachdem Friedrich II. unterm 31. Mai 1746 das privilegium de non appellando illimitatum im Verhältnisse zu den Reichsgerichten

729) S. Gesetz vom 7. Mai 1851 (Gesetzsammlung S. 218 flg.), vom 21. Juli 1852 (a. a. O. S. 465 flg.).

730) Beim Appellationsgericht in Greifswald und dem Justizsenate in Ehrenbreitstein findet wegen der geringen Zahl der Mitglieder die Theilung in Senate nicht statt.

731) Ueber dessen Stellung s. m. das Regulativ vom 17. September 1850 §. 3—5.

erlangt hatte, wurden die bisherigen Oberappellationsgerichte aufgehoben und ein aus vier Senaten bestehendes Collegium gebildet, dessen vierter Senat aber im Jahre 1782 als eigenes Geheimes Obertribunal abgesondert[732]). Die Competenz desselben war anfangs eine durch das Object, die summa revisibilis u. s. w. beschränkte, wurde aber später erweitert, um eine einheitliche Praxis zu vermitteln. Nach der Verordnung vom 14. December 1833 §. 26 ist dem Geheimen Obertribunal die Entscheidung in der Revisionsinstanz und über die Nichtigkeitsbeschwerde ausschließlich beigelegt[733]), auch wurde dasselbe durch das Gesetz über das Verfahren in den bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen vom 17. Juli 1846 §. 87 flg. das Revisionsgericht in Criminalsachen[734]). Nach der gegenwärtigen Einrichtung ist das Obertribunal[735]) die alleinige dritte und letzte Instanz für die oben bezeichneten Landestheile. Hiernach erkennt das Obertribunal in Civil- und Strafsachen auf das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde, auf Beschwerden über gerichtliche Verfügungen in processualischen Angelegenheiten in Civil- und Strafsachen in letzter Instanz[736]); es bestimmt das competente Gericht im Falle des Streites unter mehreren Appellationsgerichten oder mehreren Kreis- und Stadtgerichten in verschiedenen Appellationsgerichtsdistricten, desgleichen wenn ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand für mehrere Beklagte zu bestellen ist oder im Falle der Perhorrescenz ein anderes Appellationsgericht eintritt[737]).

Das Obertribunal ist das competente Disciplinargericht für seine eigenen Mitglieder, die Präsidenten und Directoren der Appellationsgerichte, für den Präsidenten des Revisionscollegiums für Landesculturſachen, die Mitglieder des Generalauditoriats, auch zweite und letzte Instanz in Disciplinarsachen wider richterliche Beamte bei der Berufung gegen Urtheile des Appellationsgerichtes, sowie wider Mitglieder der Generalcommissionen und landwirthschaftlichen Regierungsabtheilungen

---

732) S. Starke a. a. O. Bd. I, S. 145 flg.

733) Gesetzsammlung S. 302. Verb. Cabinetsordre vom 29. August 1835 (Gesetzsammlung S. 197).

734) Gesetzsammlung S. 283 flg.

735) Das Prädicat „Geheim" ist nach der Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 27 fortgefallen, in Folge des öffentlichen Verfahrens.

736) Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 35, worin zugleich bestimmt ist, daß in nicht processualischen Angelegenheiten nur das Appellationsgericht für die Kreis- und Stadtgerichte alleinige Beschwerde-Instanz ist, solche Beschwerden welche die Disciplin, den Geschäftsbetrieb oder Verzögerungen betreffen (Verordnung vom 21. Juli 1846 §. 37, Gesetzsammlung S. 301) schließlich durch den Justizminister zu erledigen sind. Verb. Gesetz vom 26. April 1851 Art. XIII (Gesetzsammlung S. 186), Verordnung vom 3. Mai 1852 Art. XI—XVII (Gesetzsammlung S. 209).

737) Gesetz vom 26. April 1851 Art. V (Gesetzsammlung S. 183), vom 7. Mai 1851 §. 21 (daselbst S. 218).

gegen Urtheile des Revisionscollegiums, und wider Auditeure gegen Urtheile des Generalauditoriats [738]), ferner auf Berufungen gegen Entscheidungen des Ehrenrathes der Rechtsanwalte und Notare [739]). Vermöge besonderer Verträge ist das Obertribunal zum obersten Gerichtshofe für einige auswärtige Staaten angenommen, nämlich für die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont in Strafsachen (Vertrag vom 1. Februar 1851) [740]), für das Herzogthum Anhalt-Bernburg in Strafsachen und Disciplinarsachen der Richter (Vertrag vom 22. Februar 1851) [741]).

Das Obertribunal zerfällt in fünf Senate, welche in wichtigeren Angelegenheiten das Plenum bilden. Vor dasselbe gehören alle Sachen, die für das ganze Collegium ein Interesse haben, insbesondre alle die Legislation betreffenden Gegenstände; die Fälle, in welchen die Majorität eines Senates beschließt, bisher befolgte Rechtsgrundsätze, Auslegungen oder Anwendungen gesetzlicher Bestimmungen zu verlassen, worüber dann eine Entscheidung sowohl in der Sache, als hinsichtlich des Principes ergeht [742]); Disciplinaruntersuchungen gegen richterliche Beamte. Den Vorsitz im Plenum und in einem der Senate hat der erste Präsident [743]). Jeder Senat hat seinen Präses und eine erforderliche Zahl von Obertribunalräthen, deren wenigstens sieben zur mündlichen Verhandlung und Entscheidung, mit Einschluß des Vorsitzenden, nothwendig sind [744]). Vor den ersten Senat gehören die Streitigkeiten über das Personen-, Staats-, Kirchen-, Erbrecht, Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen und die Civilsachen der hohenzollern'schen Fürstenthümer; der zweite und dritte Senat erkennt über Sachenrecht, der vierte Obligationenrecht, der fünfte Strafrecht.

Als dritte Instanz für die Rheinprovinz (s. weiterhin), aber auch zugleich für den Justizsenat in Ehrenbreitstein erkennt der rheinische Revisions- und Cassationshof. Im Verhältnisse zum Justizsenate nimmt derselbe eine ganz gleiche Stellung wie das Obertribunal ein [745]).

---

738) Gesetz vom 7. Mai 1851 §. 18, 36 flg., 65 flg.

739) Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 74 (Gesetzsammlung S. 481).

740) Gesetzsammlung S. 18.

741) Gesetzsammlung S. 25.

742) S. Verordnung vom 1. August 1836 (Gesetzsammlung S. 218), Verordnung vom 21. Juli 1846 §. 25 (Gesetzsammlung S. 297). Vgl. die Präjudicien des Geheimen Obertribunals, seit ihrer Einführung im Jahre 1832 bis zum Schlusse des Jahres 1848, Berlin 1849 8. Erläuterungen des preußischen Rechtes. Eine Zusammenstellung von Staats- und Plenarbeschlüssen des Geh. Obertribunals, nach Ordnung der Gesetzbücher, Leipzig 1848 8.

743) Ueber seine Stellung s. m. Allg. Gerichtsordnung Th. III, Tit. II. Verordnung vom 7. Februar 1817 §. 1, 2 (Gesetzsammlung S. 61). Gesetz vom 7. Mai 1851 §. 13, 66, 71 (Gesetzsammlung S. 220, 232, 233).

744) Verordnung vom 21. Juli 1846 §. 24 (Gesetzsammlung S. 297). Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 145 (Gesetzsammlung S. 40).

745) S. die Citate Anm. 735 flg.. Vgl. unten.

Die Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 91 sowie die revidirte Verf. Art. 92 bestimmt: es soll in Preußen nur Ein oberster Gerichtshof bestehen; dazu fügt die Verfassungsurkunde in Art. 116 die Festsetzung: die noch bestehenden beiden obersten Gerichtshöfe sollen zu einem einzigen vereinigt werden. Das Gesetz vom 17. März 1852[746], betreffend die Vereinigung der beiden obersten Gerichtshöfe, hat bereits die nöthigen Bestimmungen getroffen, deren Ausführung vorbereitet wird. In den Competenzverhältnissen wird eine Veränderung dadurch nicht herbeigeführt.

2) Die Gerichtsverfassung in der Rheinprovinz[747].

Die westrheinische Gerichtsverfassung unterscheidet sich von der der übrigen Provinzen durch eine strengere Scheidung der administrativen und rechtsprechenden Justiz und eine abweichende Organisation der Behörden.

a) Die Friedensgerichte.

Die Friedensgerichte bestehen aus einem einzelnen Richter (Friedensrichter) und Gerichtsschreiber und erkennen in Civilsachen über alle blos persönliche und Mobiliarklagen, ohne Appellation, bis zum Werthe von 20, und mit Vorbehalt der Appellation bis zum Werthe von 100 Thlrn; ferner, ohne Appellation bis zum Werthe von 20 Thlrn., und mit Vorbehalt der Appellation ohne Beschränkung des Werthes, über schleunig an Ort und Stelle zu erledigende Sachen, insbesondre über Klagen wegen Schäden an Feldern u. s. w., Grenzverrückungen, Ausbesserungen der Häuser und Pachthöfe, Entschädigungen der Pächter und Miether, Verhältnisse der Herrschaft und des Gesindes, Verbalinjurien, Thätlichkeiten, wegen deren die Parteien keine Criminalklage erhoben haben u. a. m.[748]. Als Vergleichsbehörden haben die Friedensgerichte in den ihre Competenz übersteigenden Sachen die Sühne zu versuchen; auch fungiren sie bei einigen nicht streitigen Angelegenheiten, besonders solchen, welche Familienverhältnisse betreffen, wie Emancipationen, Adoptionen, Vormundschaften u. a. Unter ihrer Mitwirkung erfolgen manche Executionen. In Strafsachen entscheiden sie als Polizeigerichte über Frevel (Uebertretungen)[749]. Zur Vertretung des

---

746) Gesetzsammlung S. 73.

747) Starke a. a. O. Bd. I, S. 200 flg.

748) Gesetz vom 16.—24. August 1790 Tit. III. Art. 9, 10 —. Verordnung vom 7. Juni 1821, 1. August 1822, 12. Januar 1825 (Lottner's Sammlung Bd. II, Nr. 419, 500, 674). Gesetz vom 11. Mai 1843 (Gesetzsammlung S. 181).

749) Art. XIV, XV des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 u. §. 1 des Strafgesetzbuches (Gesetzsammlung S. 97, 101). Gesetz vom 2. Juni 1852 §. 24 (Gesetzsammlung S. 310) u. a.

Friedensrichters werden in jedem Bezirke ein oder zwei Ergänzungs-Friedensrichter bestellt aus den am meisten dazu qualificirten Einwohnern, jedoch mit beschränkten Befugnissen[750].

b) Die Landgerichte.

Aus den im Jahre 1800 angeordneten Tribunalen der Gemeindebezirke sind die Landgerichte hervorgegangen, deren es neun giebt. Jedes Landgericht zerfällt in mehrere Abtheilungen (Kammern), nach dem Umfange der Geschäfte[751]. An der Spitze des ganzen Gerichtes steht des Landgerichtspräsident, unter dessen Vorsitz Generalversammlungen des Plenums gehalten werden, in welchen die Dienstordnung und Dienstverwaltung Gegenstand der Berathung bildet.

Außerdem hat jede Kammer ihren besonderen Präsidenten (Kammerpräsident) — der Landgerichtspräsident ist der Vorsitzende der ersten Kammer — und wenigstens zwei, für die Appellation in Zuchtpolizeisachen vier Beisitzer (Landgerichtsräthe und — Assessoren). Das Landgericht bildet für die Civilsachen, welche in erster Instanz vom Friedensgerichte beurtheilt sind, die Appellationsinstanz, insofern sie nicht an besondere Behörden gewiesen sind; auch sind ihm einige nicht streitige Angelegenheiten übertragen, wie die Berichtigung der Personenstandsregister, Abwesenheitserklärungen, Bestellungen und Curatoren für vacante Nachlassenschaften u. a. m. In Strafsachen fungiren beim Landgerichte Untersuchungsrichter zur Voruntersuchung, die Rathskammer, welche darüber Beschluß faßt, die Zuchtpolizeikammer (correctionelles Gericht), als zweite Instanz für Frevel, als erste Instanz für Vergehen, worauf die Berufung an die Zuchtpolizei-Appellationskammer des Landgerichtes geht. Ueber Verbrechen urtheilen beim Landgerichte die Schwurgerichte (Assisen). Das Landgericht ist auch Disciplinargericht erster Instanz für die Notare, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher seines Sprengels, sowie für die Advocaten und Anwalte, wenn deren Zahl zur Bildung eines eigenen Disciplinarrathes nicht hinreicht[752].

c) Der Appellationsgerichtshof in Cöln.

Der Appellationsgerichtshof in Cöln[753]) besteht aus vier Senaten, welche unter dem Vorsitze des ersten Präsiden-

---

750) Gesetz vom 20. März 1801 (29. Vent. an. IX), 18. Mai 1802 (18. Floreal an. X), 7. Mai 1804 (16. Vent. an. XII). Ministerialrescript vom 15. November 1822 (Lottner a. a. O. Bd. II, Nr. 518).

751) Verordnung vom 18. Februar 1842 und 6. April 1846, in der Gesetzsammlung für 1842 S. 86, für 1846 S. 156.

752) Verordnung vom 25. April 1822. Cabinetsordre vom 21. Juli 1826. Verordnung vom 7. Juni 1844 §. 13 (Gesetzsammlung S. 178). Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 65, 67 (Gesetzsammlung S. 479).

753) Cabinetsordre vom 19. November 1818. Verordnung vom 21. Juni 1819 (Lottner, Sammlung Bd. I, Nr. 320).

ten über wichtige Gegenstände Plenarversammlungen halten. Jeder Senat hält unter der Leitung eines Senatspräsidenten besondere Versammlungen. An der Spitze des ersten Senates steht der erste Präsident. In wichtigen Fällen, namentlich Personenstandesfragen, Syndikatsklagen u. a. vereint sich der erste Senat mit einem anderen zu einer sogenannten feierlichen Sitzung. Die drei Civilsenate bilden die zweite Instanz für die Landgerichte, Handelsgerichte, Rheinzollgerichte und das Universitätsgericht in Bonn, der vierte, Anklagesenat erkennt über die Beschlüsse der Rathskammern oder Landgerichte und bildet zugleich die zweite Instanz für die Rathskammern, rücksichtlich der gegen dieselben erhobenen Einsprüche. Der Appellationsgerichtshof ist auch Disciplinargericht in erster Instanz über seine eigenen Mitglieder, mit Ausnahme der Präsidenten, und der Richter seines Sprengels, sowie in zweiter Instanz über die Erkenntnisse in Displinarsachen seitens der Landgerichte und des Disciplinarrathes der Advocaten.

d) Der Revisions- und Cassationshof für die Rheinprovinz in Berlin.

Nach der Occupation der Rheinlande wurde im Jahre 1814 statt des Pariser Cassationshofes ein Cassationshof in Düsseldorf und ein Revisionshof in Coblenz eingerichtet, beide wurden jedoch durch den am 21. Juni 1819 angeordneten Revisions- und Cassationshof in Berlin ersetzt. Derselbe besteht aus einem Präsidenten und acht Geheimen Oberrevisionsräthen, von denen sechs nebst dem Präsidenten zu einer Entscheidung erforderlich sind. Der Revisions- und Cassationshof erkennt über alle Cassationsgesuche, wodurch in letzter Instanz gesprochene Civil- und Straferkenntnisse wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes oder wegen Verletzung wesentlicher Formen des Verfahrens angefochten werden, es sei dies im Interesse der Parteien oder des Gesetzes. Außerdem entscheidet diese Behörde über Revisionsgesuche, über Competenzconflicte zwischen Gerichten, welche einander nicht untergeordnet sind; sie hat ferner die Bestimmung wegen Verweisung einer Untersuchung an ein anderes als das ordentliche Gericht, die Entscheidung über die Anstellung von Syndikatsklagen gegen den Appellationsgerichtshof, einzelne Senate desselben, wie gegen einen Assisenhof u. a.; auch bildet sie das Disciplinargericht in erster und einziger Instanz über ihre eigenen Mitglieder, den Präsidenten des Appellationsgerichtshofes zu Cöln und den Director des Justizsenates in Ehrenbreitstein.

Durch die bevorstehende Vereinigung des Revisions- und Cassationshofes mit dem Obertribunal (s. Anm. 746) wird jener die Bedeutung eines besonderen (rheinischen) Senates des letzteren erhalten, aus einem Präsidenten und Vice-Präsidenten und acht Obertribunalräthen bestehen und in den Civil- und Disciplinarsachen gegen nicht richterliche Justizbeamte aus dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Cöln die Gerichtsbarkeit üben, welche das rheinische Recht dem

obersten Gerichtshofe beilegt. Außerdem können die Mitglieder des rheinischen Senates nur in Sachen, bei welchen für den Umfang der Monarchie dieselbe Gesetzgebung zur Anwendung kommt, in Civilsachen aus denjenigen Landestheilen, wo das gemeine Recht gilt und in allen Strafsachen mitwirken.

3) Besondere Gerichte.

Außer den bisher genannten ordentlichen Gerichten giebt es noch besondere für gewisse Personen, Sachen und Rechtsverhältnisse. Viele derselben wurden bereits im Jahre 1808 bei der Reorganisation der Behörden aufgehoben, andere sind erst in neuester Zeit beseitigt[754]). Die Verfassungsurkunde bestimmt Art. 7: Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte und außerordentliche Commissionen sind unstatthaft. Art. 37: Der Militärgerichtsstand des Heeres beschränkt sich auf Strafsachen und wird durch das Gesetz geregelt. Art. 91: Gerichte für besondere Classen von Angelegenheiten, insbesondere Handels- und Gewerbegerichte sollen im Wege der Gesetzgebung an den Orten errichtet werden, wo das Bedürfniß solche erfordert. Art. 95: Es kann durch ein mit vorheriger Zustimmung der Kammern zu erlassendes Gesetz ein besonderer Schwurgerichtshof errichtet werden, dessen Zuständigkeit das Verbrechen des Hochverrathes u. s. w. begreift.

Die gegenwärtig bestehendem besonderen Gerichte sind hiernach:

a) Der mit dem Kammergerichte verbundene Geheime Justizrath, bei welchem die Mitglieder der königlichen Familie und die hohenzollern'schen Fürstenhäuser ihren persönlichen Gerichtsstand haben. Die erste Instanz wird von 5, die zweite von 7 Mitgliedern des Kammergerichtes gebildet[755]).

b) Die Militärgerichte[756]). Vor dieselben gehören die Strafsachen der Militärpersonen[757]), ausgenommen in Kriegszeiten und während des Belagerungszustandes[758]). Sie sind

1) Militärgerichte im eigentlichen Sinne[759]), nämlich Corpsgerichte (der commandirende General des Armeecorps als

---

754) Ueber diese älteren Gerichte vgl. Starke a. a. O. Th. I, S. 153 flg.

755) Gesetz vom 26. April 1851 Art. III, in der Gesetzsammlung S. 181.

756) Starke a. a. O. Th. I, S. 318 flg., verb. Justizministerialblatt 1847. Beilage zu Nr. 7 über die Vorschriften, welche die Civilgerichte aus Rücksicht auf die Militärverhältnisse in Strafsachen zu befolgen haben.

757) Anhang zur Allg. Gerichtsordnung §. 12, 20, aus der Cabinetsordre vom 19. Juli 1809 wegen Aufhebung der Militärjurisdiction in Civilsachen u. s. w.

758) Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851, in der Gesetzsammlung S. 451 flg., an die Stelle der Verordnung vom 10. Mai und Declaration vom 4. Juli 1849 (Gesetzsammlung S. 165 u. 250) getreten. Verb. Verfassungsurkunde Art. 111.

759) S. überhaupt das Militär-Strafgesetzbuch vom 3. April 1845 Th. II, (Gesetzsammlung S. 287 flg.).

Gerichtsherr und der Corps-Auditeur), Divisionsgerichte (der Commandeur der Division und Divisions-Auditeur), Garnisongerichte (der Commandant des Ortes und der Garnison-Auditeur), Regiments- und Bataillonsgerichte (der Commandeur des Regimentes, resp. Bataillons und der untersuchende Officier). Die letzteren verwalten die niedere, die beiden ersteren die höhere, die Garnisonsgerichte niedere und höhere Gerichtsbarkeit. Zur höheren Gerichtsbarkeit gehören alle Strafsachen der Officiere und höheren Militärbeamten, sowie die Strafsachen der Unterofficiere, Gemeinen und niederen Militärbeamten, wenn die Strafe härter ist als Arrest, Degradation und Versetzung in die zweite Classe. Alle übrigen Fälle gehören zur niederen Gerichtsbarkeit. Nachdem die Untersuchung von dem besonderen Untersuchungsgerichte geführt ist, wird gegen Soldaten im Falle der höheren Gerichtsbarkeit das Urtheil von einem Kriegsgerichte, im Falle der niederen Gerichtsbarkeit von einem Standgerichte gefällt. Das Kriegsgericht besteht aus fünf Richterclassen in verschiedener Rangordnung nach dem Grade des Angeschuldigten und dem Auditeur, als Referenten, jedoch nur mit berathender Stimme. Auch das Standgericht hat fünf Richterclassen und als Referenten den Auditeur oder untersuchungsführenden Officier. Die Erkenntnisse sind nicht angreifbar, bedürfen aber der Bestätigung und zwar in den Sachen der Officiere und bei härteren Fällen durch den König. Wenn der Angeschuldigte nicht Soldat, sondern ein Militärbeamter ist, erkennen Instanzgerichte, gegen deren Urtheile die Appellation an das General-Auditoriat zulässig ist. Die Gouvernements (Garnison)-Gerichte in Mainz und Luxemburg haben die Strafjurisdiction über die dort befindlichen Militärs. Die Auditeure daselbst fungiren zugleich als Commissarien des Kreisgerichtes zu Wesel für die den Einzelrichtern zustehenden Angelegenheiten[760]).

2) Das General-Auditoriat, bestehend aus dem General-Auditeur und vier Ober-Auditeuren, ist der oberste Militärgerichtshof und bildet die Appellations- und Recursinstanz, die begutachtende Behörde, sobald Urtheile zur Bestätigung des Königs oder Kriegsministers gelangen sollen, auch die vorgesetzte Dienstbehörde der Auditeure[761]).

3) Außerordentliche Kriegsgerichte, gebildet von zwei Civilbeamten und zwei höheren Officieren (s. Anm. 758).

c) Die Universitätsgerichte[762]). Die frühere umfangsreiche Competenz derselben ist nach und nach sehr eingeschränkt worden[763]). Sie bestehen aus dem Rector, Senat und Universitätsrichter,

---

760) Gesetz vom 26. April 1851 Art. VIII (Gesetzsammlung S. 184).
761) Militär-Strafgesetzbuch Th. II, §. 86—88.
762) Starke a. a. O. Th. I, S. 339 flg.
763) Allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. II, §. 74—76. Anhang §. 24 (aus dem Reglement vom 28. December 1810), Reglement vom 18. November

welche theils zusammen, theils vereinzelt (nämlich der Universitätsrichter in pecuniären Civilsachen) wirksam sind. Es gehören vor das Universitätsgericht Disciplinarsachen und geringere Vergehen, Klagen wegen Schulden, Schadenersatz, Aufnahme von Contracten, Ertheilung von Beglaubigungen. Appellationen und Recurse in Civilsachen gegen Urtheile des Universitätsrichters gehen an die betreffenden Appellationsgerichte, in Strafsachen geht der Recurs an das Ministerium der geistlichen Angelegenheiten, sobald auf consilium abeundi oder Relegation erkannt ist.

d) Die Disciplinargerichte. In Disciplinarsachen entscheiden 1) für richterliche Beamte die Appellationsgerichte und das Obertribunal nebst dem rheinischen Revisions- und Cassationshofe, nach Bestimmung des Gesetzes vom 7. Mai 1851[764]). 2) Für nicht richterliche Beamte, mit Einschluß der Beamten der Staatsanwaltschaft, entscheidet in erster Instanz die vorgesetzte Provinzialbehörde, sobald der Beamte weder vom Könige, noch einem Minister ernannt, bestätigt oder approbirt ist. Bedarf es einer solchen Ernennung u. s. w., so tritt der Disciplinarhof als entscheidende Behörde ein. Derselbe befindet sich in Berlin, besteht aus einem Präsidenten und zehn Mitgliedern, von denen wenigstens vier dem Obertribunal zugehören und entscheidet in jedem Falle unter Theilnahme von mindestens sieben Mitgliedern, mit Einschluß von wenigstens zwei Gliedern des Obertribunals. Die zweite Instanz bildet das Staatsministerium. Sobald der Beamte vom Könige ernannt oder bestätigt ist, bedarf es im Falle des Erkenntnisses auf Dienstentlassung noch der königlichen Bestätigung. Es treten überhaupt hierbei die Bestimmungen des Gesetzes vom 20. Juli 1852 ein[765]). 3) Für die Rechtsanwalte und Notare besteht in den einzelnen Appellationsgerichtsbezirken, mit Ausnahme des von Cöln, ein Ehrenrath von sechs bis zehn Mitgliedern als Disciplinargericht, von dessen Entscheidungen die Berufung an das Obertribunal und für den District des Justizsenates in Ehrenbreitstein an den rheinischen Revisions- und Cassationshof geht[766]). Für den Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln besteht bei jedem Landgerichte, an dessen Sitze wenigstens zwölf immatriculirte Advocaten wohnen, ein aus fünf Advocatanwalten gebildeter Disciplinarrath, gegen dessen Urtheile Appellation und Cassationsrecurs zulässig ist. Wo keine hinreichende Zahl von Advocaten ist, tritt an die Stelle

---

1819 (Gesetzsammlung S. 238 flg.), Cabinetsordre vom 21. Mai 1824 (daselbst S. 122) und die Gesetze für die einzelnen Universitäten.

764) Gesetzsammlung S. 218 flg.

765) Gesetzsammlung S. 465 flg.

766) Verordnung wegen Bildung eines Ehrenrathes u. s. w. vom 30. April 1847 (Gesetzsammlung S. 199). Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 74 (Gesetzsammlung S. 481).

des Disciplinarrathes eine Civilkammer des Landgerichtes. In Cöln besteht ein Disciplinarrath von neun Mitgliedern für die Advocaten und Advocatanwalte des Appellationsgerichtshofes und des Landgerichtes nebst dem Bezirke des letzteren [767]). 4) Für die Militärbeamten wirkt insbesondre eine für jedes Armeecorps bestellte Militär-Disciplinarcommission [768]).

e) Gerichtshof zur Untersuchung und Entscheidung wegen der Staatsverbrechen. Auf der Grundlage der Verfassungsurkunde Art. 95 ist das Kammergericht für den Umfang der ganzen Monarchie zum Gerichtshofe wegen der Staatsverbrechen durch das Gesetz vom 25. April 1853 bestimmt worden [769]). Zu dem Behufe werden zwei Senate gebildet, von denen der eine, von sieben Mitgliedern, die Versetzung in den Anklagestand, der andere, aus zehn Mitgliedern bestehend, auf Grund mündlicher, öffentlicher Verhandlung, jedoch ohne Mitwirkung von Geschworenen, über Schuld und Strafe zu erkennen hat [770]). Gegen die Erkenntnisse ist nur die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig.

f) Handelsgerichte [771]). Für Handels- und Schifffahrtssachen gab es früher eine große Zahl von eigenen Commerz-, Admiralitäts-, See- und Wettgerichten, welche in Folge der Verordnung vom 26. December 1808 aufgehoben, zum Theil aber später neu begründet sind. Es gehören dazu die Commerz- und Admiralitätscollegia zu Königsberg (Reglement vom 30. October 1813) und zu Danzig (Reglement vom 17. September 1814), mit resp. 5 und 4 Richtern und eben so vielen kaufmännischen Mitgliedern (Commerz- und Admiralitätsräthen) besetzt. Es gehören vor dieselben Handels-, Schifffahrtssachen, insbesondre Schiffsbeschädigungs-, Strandungs-, Bodmerei-, Assecuranzsachen, sowie Untersuchungen der dahin gehörigen Vergehen und Uebertretungen. In Stettin und Memel, wo wie in Elbing früher besondere Handels- und Schifffahrtsdeputationen bestanden, werden diese Angelegenheiten von besonderen Abtheilungen der Kreisgerichte, unter Zuziehung kaufmännischer Mitglieder mit einem votum consultativum, behandelt. In der Rheinprovinz bestehen für Bezirke, welche meistens dem Sprengel der Landgerichte entsprechen, besondere Handelsgerichte, deren Mitglieder Kaufleute sind, welche

767) S. Verordnung vom 7. Juni 1844 (Gesetzsammlung S. 175). Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 66 flg. Vgl. noch oben Anm. 752 wegen der Notare u. s. w.

768) Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 79—82, verb. §. 24.

769) In der Gesetzsammlung S. 162 flg.

770) Schon früher war dem Kammergerichte eine ähnliche Wirksamkeit überwiesen. S. Cabinetsordre vom 25. April 1835, in der Gesetzsammlung S. 47 flg.

771) Starke a. a. O. Th. I, S. 231 flg., 398 flg. Schlink, in v. Jagemann's Gerichtssaal, Februar 1850, Nr. IX.

von den Notabeln des Bezirkes gewählt und vom Könige bestätigt werden. Sie bilden die zweite Instanz für Urtheile der Gewerbegerichte, die erste Instanz für alle Streitigkeiten über Handelsgeschäfte, von welcher, wenn das Object 1000 Franken (266²/₃ Thlr.) übersteigt, die Berufung an das Appellationsgericht nach Cöln geht[772]). Durch das Gesetz vom 3. April 1847 ist die Einrichtung von Handelsgerichten auch in den altländischen Provinzen genehmigt, sobald in einem Orte ein Bedürfniß dazu obwaltet und die Kaufmannschaft darauf anträgt[773]). Indessen ist davon bisher nicht Gebrauch gemacht und die Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 18 stellt die Errichtung besonderer Handelsgerichte in Aussicht, ohne auf das Gesetz von 1847 Bezug zu nehmen.

g) Gewerbegerichte[774]). In der Rheinprovinz bestehen aus früherer Zeit Fabrikgerichte, Räthe der Gewerbeverständigen (conseils des prud'hommes), oder nach neuerer Bezeichnung: königliche Gewerbegerichte[775]), gebildet aus Fabrikanten, Werkmeistern und Handwerkern, zur Entscheidung von Streitigkeiten der Standesgenossen, sowie zur Feststellung des Thatbestandes, sobald die Gewerbepolizei verletzt, Veruntreuungen durch Arbeiter, fälschliche Waarenbezeichnungen, Nachahmungen von Dessins (Zeichnungen von Stoffen) oder Fabrikzeichen vorgekommen sind[776]). Die vor die Gewerbegerichte gelangenden Civilstreitigkeiten müssen erst vor ihre Vergleichskammer gebracht werden, welche aus einem Fabrikanten und einem Werkmeister oder Handwerker besteht. Das Gericht selbst erkennt bis zu 100 Franken (26²/₃ Thlr.) ohne Appellation, bei höheren Gegenständen geht die Appellation an das Handelsgericht.

Nach dem Muster dieser Gerichte sind dergleichen auch für die übrigen Provinzen eingeführt, nach der allgemeinen Bestimmung der Verordnung vom 9. Februar 1849[777]).

h) Elb-, Weser- und Rheinzollgerichte[778]), errichtet in Folge der Uebereinkunft Preußens und der benachbarten Staaten, der Elbschifffahrtsacte vom 23. Juni 1821[779]), der Weserschifffahrtsacte

---

772) Vgl. Verordnung vom 7. Juli 1821 (Lottner's, Sammlung Bd. II, Nr. 429). An den Orten, wo es keine Handelsgerichte giebt, haben die Landgerichte deren Functionen, nach den für jene vorgeschriebenen Bestimmungen, zu vollziehen.

773) Gesetzsammlung S. 182 flg.

774) S. H. A. Meißner, die Fabrikgerichte in Frankreich, Leipzig 1846 8. Starke a. a. O. Th. I, S. 260 flg.

775) Verordnung vom 7. August 1846, in der Gesetzsammlung S. 407.

776) Das Nähere enthalten die besonderen Reglements. Vgl. insbesondre die Verordnung zum Schutze der Fabrikzeichen an Eisen- und Stahlwaaren in der Provinz Westphalen und der Rheinprovinz vom 18. August 1847, in der Gesetzsammlung S. 335 flg.

777) Gesetzsammlung S. 110 flg. (vgl. Verfassungsurkunde Art. 91).

778) Starke a. a. O. S. 163 flg., 235 flg.

779) Gesetzsammlung S. 9 flg.

vom 10. September 1823[780]), der Rheinschifffahrtsacte vom 31. März 1831[781]). Ihre durch das Gesetz vom 26. April 1851 Art. VI unverändert erhaltene Competenz begreift die Zollcontraventionen und Defraudationen, Streitigkeiten wegen der verschiedenen Gebühren, die aus Waarensendungen entspringen, über die Hemmung des Leinpfades u. a. m. Gegen ihre Entscheidung geht die Berufung an die entsprechenden Appellationsgerichte.

i) Die Generalcommissionen[782]). Für die ihnen überwiesenen Angelegenheiten bilden dieselben, ebenso die Spruchcollegia bei der landwirthschaftlichen Abtheilung der Regierungen, richterliche Organe, gebildet von wenigstens drei Mitgliedern. Von ihren Erkenntnissen geht die Berufung an das Revisionscollegium für Landesculturſachen und von diesem an das Obertribunal[783]). Das Revisionscollegium bildet außerdem die zweite und letzte Instanz über Entscheidungen der Regierungen wegen der Fortdauer der Mühlenabgaben nach dem Edict vom 2. November 1810 und der allgemeinen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845[784]) sowie in Streitigkeiten, welche die Benutzung der Privatflüsse und insbesondre die vom Unternehmer einer Bewässerungsanlage für Expropriationen und Rechtsbeschränkungen anderer Uferbesitzer zu leistende Entschädigung betreffen[785]).

k) Der Schöppenstuhl in Halle an der Saale[786]) ist ein Spruchcollegium, das in ähnlicher Weise wie die juristischen Facultäten der Universitäten für die Länder des gemeinen Rechtes und wo Versendung der Acten nothwendig ist, Gutachten und Urtheile giebt. Das Collegium besteht aus einem Director und zwei Beisitzern.

l) Schiedsrichter und Schiedsmänner. Schiedsrichter erkennen, soweit es das Gesetz nicht untersagt, auf Grund eines Compromisses von Parteien. Die Vereinbarung derselben bestimmt, ob gegen den Ausspruch der Schiedsrichter noch eine Berufung an die ordentlichen Gerichte zulässig sein soll oder nicht. Es kommen hierbei überhaupt die Vorschriften der allgemeinen Gerichtsordnung Th. I, Tit. II, §. 167—176 und der rheinischen Civilproceßordnung Art. 1003

---

780) Gesetzsammlung S. 52 flg.

781) Gesetzsammlung S. 73 flg. Verb. Verordnung vom 30. Juni 1834 (a. a. O. S. 136 flg.).

782) S. oben Anm. 648 flg., verb. Starke a. a. O. Th. I, S. 388 flg.

783) S. Cabinetsordre vom 15. März 1834 (Gesetzsammlung S. 61). Verordnung vom 22. November 1844 §. 21 (Gesetzsammlung für 1845 S. 23).

784) S. Gesetz vom 11. März 1850 §. 3, betreffend die auf Mühlengrundstücken haftenden Reallasten, in der Gesetzsammlung S. 146.

785) Gesetz vom 28. Februar 1843 §. 47 (Gesetzsammlung S. 41). Gesetz vom 9. Januar 1845 (Gesetzsammlung S. 35). Wiesenordnung für den Kreis Siegen vom 28. October 1846 §. 28 (Gesetzsammlung S. 493).

786) S. Jahrbuch der preußischen Gerichtsverfassung für 1852 S. 300.

bis 1028, nebst den späteren Ergänzungen zur Anwendung. In manchen Fällen ist der Gebrauch von Schiedsrichtern vor der Entscheidung der ordentlichen Gerichte vom Gesetze als Regel vorgeschrieben, nämlich für Assecuranzstreitigkeiten[787]), in Feuersocietäts-, Eisenbahn-, Versicherungsangelegenheiten, bei der Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, bei Ablösung von Reallasten u. a.[788]), bei Rennangelegenheiten[789]), für die Rheinprovinz bei Streitigkeiten zwischen Mitgliedern einer Handelsgesellschaft[790]).

Von den Schiedsrichtern unterscheiden sich die **Schiedsmänner**, welche Parteien, die sich freiwillig an sie wenden, zu vereinigen suchen. Das Recht der Entscheidung haben sie nicht, die von ihnen bewirkten Vergleiche haben aber die Kraft eines gerichtlichen Urtheiles. Sie sind zuerst durch Cabinetsordre vom 13. December 1826 und Ministerialverfügung vom 27. September 1827 für die Provinz Preußen eingeführt[791]) und wegen ihres nicht ungünstigen Erfolges anderweitig übertragen worden[792]). Maßgebend ist die Instruction vom 1. Juli 1841[793]) mit späteren Modificationen[794]). Nach dem Gesetze über die Einführung des Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 Art. XVIII soll da, wo dieses Institut besteht, eine Klage über Ehrenverletzungen und leichte Mißhandlungen, sofern sie nur im Wege des Civilprocesses verfolgt werden, von den ordentlichen Gerichten nicht eher zugelassen werden, als bis die Vermittlung des Schiedsmannes nachgesucht ist.

Von den noch hierher gehörenden

m) **Geistlichen Gerichten** und

n) **dem Gerichtshofe zur Entscheidung der Competenzconflicte** wird weiter unten besonders die Rede sein.

---

787) Allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. XXX, §. 48—56 und deren Ergänzungen.

788) S. Verordnung vom 30. Juni 1834 §. 32 flg. (Gesetzsammlung S. 109). Cabinetsordre vom 7. November 1845 (a. a. O. S. 726). Statut vom 15. Mai 1843 §. 32—34 (a. a. O. S. 275, 279) u. a. Reglement vom 22. Mai 1846 §. 82—94 (a. a. O. S. 187 flg.). Verordnung vom 20. December 1848 (a. a. O. S. 427 flg.). Gesetz vom 2. März 1850 §. 11 flg. (a. a. O. S. 427 flg.). Gesetz vom 11. März 1850 (a. a. O. S. 147 flg.) u. a.

789) Cabinetsordre vom 5. October 1846 (Gesetzsammlung S. 482).

790) Verordnung vom 21. Januar 1837 (Gesetzsammlung S. 7 flg.).

791) S. (**Siewert**), Versuch einer Anleitung zur Geschäftsführung der im Königreiche Preußen anzustellenden Schiedsmänner, Danzig 1828 8.

792) 1832 in Schlesien und Brandenburg, 1834 in Sachsen und Pommern, 1841 in Posen, 1847 für den Kreis Tecklenburg (Cabinetsordre vom 12. Juli 1847, in der Gesetzsammlung S. 323).

793) v. **Kamptz** Jahrbücher Bd. LVIII, S. 176 flg., 186 flg.

794) S. insbesondre für Tecklenburg die Ministerialverordnung v. 31. Juli 1847, im Justizministerialblatt S. 271 flg. und überhaupt **Schering**, Handbuch für die Schiedsmänner in den Provinzen Preußen, Brandenburg u. s. w., Berlin 1841, 2. Ausgabe 1847 8.

4) Das Beamtenpersonal.

Außer den bereits erwähnten richterlichen Personen, welche die einzelnen Gerichtscollegia und Behörden bilden, den Präsidenten und anderen Vorsitzenden, nebst den Räthen, Assessoren[795]), erfordert die Verwaltung der Justiz noch andere Beamte, welche das Interesse des Staates oder der Parteien wahrzunehmen haben.

Zu den ersteren gehören:

Die Staatsanwaltschaft oder das öffentliche Ministerium[796]).

In Frankreich ist dieses Institut aus einer Umgestaltung der älteren königlichen Procuratoren hervorgegangen, während es in Teutschland von dort entlehnt mit einem Theile der Functionen betraut wurde, welche bis dahin Fiscale verwaltet hatten[797]). In dem ganzen Staate, mit Ausnahme des Bezirkes des Appellationsgerichtes zu Cöln, beruhen die Einrichtungen der Staatsanwaltschaft auf der Verordnung vom 3. Januar 1849, dem Gesetze vom 3. Mai 1852, betreffend die Zusätze zu derselben[798]), sowie auf den Instructionen des Justizministers vom 23. April und 13. November 1849[799]). Die Beamten der Staatsanwaltschaft gehören hiernach nicht zu den richterlichen Beamten, sind auch in ihrer Amtswirksamkeit von den Gerichten unabhängig, dagegen der Leitung und Aufsicht des Justizministers untergeben, und bilden ein in sich abgeschlossenes Ganze. Beim Obertribunal und jedem Appellationsgerichte befindet sich ein Oberstaatsanwalt, unter dessen speciellen Subjection[800]) die bei jedem Schwurgerichte und größerem Kreisgerichte angestellten Staatsanwalte, sowie die diesem untergebenen Staatsanwaltsgehilfen (Assessoren oder Referendarien) stehen. Ebenso die für kleinere Gerichtsbezirke angeordneten Polizeianwalte, deren Functionen in der Regel von dem Bürgermeister des Ortes oder dem Gemeindevorsteher wahrgenommen werden[801]). Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft bezieht sich vornämlich auf die Strafrechtspflege und auf Disciplinarsachen wider Beamte; es liegt ihr ob, strafbare Handlungen zu ermitteln und zu verfolgen[802]). In Civil-

---

795) Ueber die Anciennitätsverhältnisse, die Gehaltstufen und den Rang derselben vgl. den Allerhöchsten Erlaß vom 19. März 1850, in der Gesetzsammlung S. 274 flg.

796) Starke a. a. O. Th. I, S. 225 flg. v. Daniels, Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens (Berlin 1849 8.) §. 37 flg.

797) Ueber das Fiscalat vgl. Starke a. a. O. Th. I, S. 138 flg. v. Daniels a. a. O. §. 45 Anm. S. 49 flg.

798) Gesetzsammlung für 1849 S. 14 flg., für 1852 S. 209 flg.

799) Justizministerialblatt S. 236 flg., 460 flg.

800) Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 57, 58 (Gesetzsammlung S. 477).

801) Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 62 (Gesetzsammlung S. 261).

802) Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 6. Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. I. Gesetz vom 7. Mai 1851 §. 24 flg., 69, 76, vom 21. Juli 1852 §. 32 flg., 64 flg.

sachen haben sie das öffentliche Interesse bei den Processen zu vertreten, welche die Scheidung, Ungiltigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstande haben [803]).

In der Rheinprovinz ist die Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft ausgedehnter, denn sie ist überhaupt das Organ, durch welches die Regierung für die Aufrechthaltung und richtige Anwendung der Gesetze sorgt, so daß in jedem dazu geeigneten Falle, wenn die Parteien ein Rechtsmittel nicht haben oder nicht anwenden, durch die Beamten des öffentlichen Ministeriums die Cassation beantragt werden kann. Insbesondre haben dieselben die umfassendste Thätigkeit bei der Handhabung der Strafrechtspflege, der Uebung der Disciplin über die ministeriellen Beamten zu entwickeln, auch die Sorge für die ordnungsmäßige Ausführung mannigfacher nicht streitiger Jurisdictionalien. Keine Sitzung eines Gerichtes, ausgenommen der Friedensgerichte für Civilsachen und der Gewerbe- und Handelsgerichte, darf ohne Beisein eines Beamten der Staatsanwaltschaft stattfinden. Am rheinischen Cassationshofe ist ein Generalprocurator angestellt, beim Appellationsgerichte in Cöln ist ein Generalprocurator, drei Generaladvocaten und drei Staatsprocuratoren, bei jedem Landgerichte ein Oberprocurator und zwei bis vier Staatsprocuratoren, bei jedem Polizeigerichte Polizeicommissare, deren Stelle aber auch Bürgermeister übernehmen. Dazu kommen Feld- und Waldhüter und andere Organe der gerichtlichen Polizei. Die Stellung derselben unter sich und zu den Gerichten ist im allgemeinen dieselbe wie im ganzen Staate.

Als Beistände der Parteien kommen in Betracht

Rechtsanwalte, Advocaten, Advocatanwalte [804]).

Friedrich II. hielt die Advocaten nicht blos für entbehrlich, sondern auch für verderblich und schaffte sie ab. Das Bedürfniß führte jedoch zu ihrer Herstellung unter dem Namen Justizcommissarien [805]) oder gegenwärtig Rechtsanwalte [806]). Für jeden Gerichtsbezirk wird nach Bedürfniß eine bestimmte Zahl angestellt, deren Praxis sich auf den Sprengel beschränkt, für welchen sie immatriculirt sind. Die Rechtsanwalte sind Staatsbeamte, jedoch nur auf die ihnen zustehenden Gebühren angewiesen [807]). Ehrentitel derselben sind: Justizrath oder Geheimer Justizrath. In der Rheinprovinz führen die Beistände der Parteien, welche ihnen Rath ertheilen und für sie Vorträge in den Gerichten halten, den früheren Namen Advocaten. Von ihnen unterscheiden sich die Advocatanwalte, welche außer-

803) Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 12 (Gesetzsammlung S. 4), verb. Verordnung vom 28. Juni 1844 (a. a. O. 184 flg.).

804) Starke a. a. O. Th. I, S. 420 flg.

805) S. Allgem. Gerichtsordnung Th. III, Tit. VII.

806) Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 30.

807) Allgem. Gerichtsordnung Th. III, Tit. VII, §. 3. Anhang §. 462.

dem noch befugt sind, Proceßhandlungen vorzunehmen, Proceßschriften einzureichen und die Parteien vollständig zu vertreten. Die Zahl der Advocaten ist unbeschränkt, doch müssen sie in die Matrikel des Appellationsgerichtes zu Cöln eingetragen werden und können dann in dem ganzen Sprengel desselben fungiren. Aus ihrer Mitte werden, jedoch frühestens nach Ablauf eines Jahres seit der Eintragung in die Matrikel, die Advocatanwalte bestellt, wo ein Bedürfniß dazu vorhanden ist [808]).

Hierher gehören ferner:

Die Notare. Das Amt derselben, welches in der Regel mit dem eines Rechtsanwaltes verbunden ist, besteht vornämlich darin, mit den Parteien Instrumente aufzunehmen, welche die Kraft öffentlicher Urkunden besitzen. Ihr Geschäftskreis erstreckt sich auf das Departement des Appellationsgerichtes, in welchem sie bestellt sind, während die bei den großen Stadtgerichten blos als Notare bestellten Beamten auf den Jurisdictions- und Polizeibezirk der Stadt beschränkt sind. Maßgebend sind überhaupt die Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung Th. III, Tit. VII, §. 45 flg. und deren Ergänzungen, insbesondre das Gesetz vom 23. April 1823, vom 11. Juli 1845, über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten und das Gesetz vom gleichen Datum über die Form einiger Rechtsgeschäfte [809]). In der Rheinprovinz ist das Notariat von der Advocatur streng gesondert. Außer der Aufnahme von öffentlichen Urkunden, von Inventarien u. a. liegt dort den Notaren besonders die Abhaltung von Versteigerungen ob, und zwar nur ihnen die freiwillige Auction von Immobilien. Ihre Zahl ist beschränkt, ihre Praxis erstreckt sich auf den Bezirk des Landgerichtes in dessen Sprengel sie ansässig sind. Sie stehen unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaft und der Gerichte. Ueber ihre Rechtsverhältnisse entscheiden die Notariatsordnung vom 25. April 1822 [810]), die Verordnung vom 21. Juli 1826 [811]).

Zu den Beamten gehören endlich noch:

Die Subalternen und die Unterbeamten im eigentlichen Sinne [812]). Während den letzteren (Boten, Executoren, Gefangenwärtern u. a.) die rein äußerlichen mechanischen Dienste obliegen, haben jene die Bureaugeschäfte zu vollziehen, die Expeditionen, Calculatur- und Kassensachen, die Registratur- und Canzleigeschäfte zu besorgen, insbesondre auch als Gerichtsschreiber oder Protocollführer zu dienen.

---

808) Starke a. a. O. S. 423.

809) Gesetzsammlung für 1823 S. 43, für 1845 S. 487 f., 495. Verb. Erläuterung dazu im Justizministerialblatt 1847 Nr. 40 flg.

810) Gesetzsammlung S. 109, verb. Gesetz vom 21. Juli 1852 §. 67 (a. a. O. S. 480).

811) Gesetzsammlung S. 71.

812) S. überhaupt Fr. Bechstein, der preußische Subaltern-Beamte im Civildienste, Berlin 1850.

Für die verschiedenen zu dieser Kategorie gehörigen Beamten sind theils allgemeine, theils besondere Instructionen und Reglements erlassen, als Ergänzungen zur Allgem. Gerichtsordnung Th. III, Tit. V[813]). In der Rheinprovinz haben die Gerichtsvollzieher außer den gewöhnlichen Functionen der Ladungen u. s. w. und dem inneren Dienste (Audienzgerichtsvollzieher) auch das Recht, Wechselproteste aufzunehmen und öffentliche Versteigerungen von Mobilien, Früchten auf dem Halm und von Holz auf dem Stamme zu veranstalten[814]). Die Anstellung der Subalternen und Unterbeamten erfolgt in jedem Appellationsgerichtsbezirke durch den ersten Präsidenten des Appellationsgerichtes, mit Ausnahme der Kassen- und Rechnungsrevisoren, welche der Justizminister ernennt. Durch denselben werden auch in der Rheinprovinz die Gerichtsschreiber angestellt und zu Landgerichts-, Parketsecretären, welche letzteren sich auf dem Parket des Generalprocurators oder eines Oberprocurators befinden, und zu Obersecretären erhoben. Die Gerichtsvollzieher stellt der Generalprocurator an.

Zum Schlusse dieser Materie ist noch kürzlich

das Verhältniß der Justiz zur Administration

zu berühren. Aus der mitgetheilten Uebersicht der Behörden ergiebt sich, daß die Organe für Verwaltung und die für Rechtspflege bei manchen Gegenständen in die Function der anderen eingreifen, die ersteren also zugleich richterliche, die letzteren zugleich administrative Geschäfte übernehmen. Wo dies der Fall ist, hat das Gesetz selbst schon dafür gesorgt, daß nach dem Wesen der Sache verfahren werde, insbesondre wo eine administrative Behörde Recht spricht, daß Beamte, welche die richterliche Qualification haben, allein oder vorzugsweise an der Abfassung der Erkenntnisse Theil haben, sodann daß in vielen Fällen der Verwaltungsbehörde nur die Feststellung des Interimisticums zusteht und den Betheiligten das Beschreiten des strengen Rechtsweges vorbehalten ist. Die neueste Gesetzgebung ist bemüht, beide Gebiete so viel als möglich auseinander zu setzen. Die Verordnung vom 2. Januar 1849 bestimmt übrigens im §. 38[815]): „In dem Verhältnisse der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden wird durch das gegenwärtige Gesetz nichts geändert. Sie sollen sich gegenseitig bei Erledigung der ihnen obliegenden Geschäfte innerhalb ihres Ressortes Unterstützung

---

813) S. insbesondre Cabinetsordre vom 19. November und Circular vom 26. November 1849, die Annahme und Beschäftigung der Civil-Supernumerarien, sowie die Prüfung der Subaltern-Beamten bei den Gerichten betreffend (im Justizministerialblatt S. 476 flg.). Circular vom 2. August 1850, betreffend die Dienstinstruction für die gerichtlichen Unterbeamten (a. a. O. S. 261 flg.).

814) Verordnung vom 21. Juli 1826. Instruction vom 10. Juni und Anweisung vom 22. October 1833. (Lottner, Sammlung Bd. III, Nr. 1106, 1131.

815) Gesetzsammlung S. 12.

leisten; die Verwaltungsbehörden sind jedoch nicht ferner befugt, in Angelegenheiten ihres Ressorts an Justizunterbehörden Anweisungen zu ertheilen und sie zu deren Befolgung anzuhalten. Die entgegenstehende Bestimmung der Ordre vom 31. December 1825 unter lit. b. nr. XII (Gesetzsammlung für 1826 S. 11) wird aufgehoben."

Die Allgem. Gerichtsordnung definirt den Begriff der Justizsachen im §. 1 der Einleitung, indem sie festsetzt: alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen, unterliegen der richterlichen Cognition. Indessen giebt es davon viele Ausnahmen, indem dergleichen Objecte oft irgend eine das allgemeine Interesse berührende Seite haben, welche die Anwendung des Civilprocesses ausschließt. Wo dies der Fall sei, läßt sich nicht blos aus der Natur der Sache bestimmen, weshalb besondere gesetzliche Sanctionen möglichst erschöpfend die einzelnen Fälle bezeichnet haben[816]). Indessen fehlt es doch nicht an Conflicten zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden, welche gehoben werden müssen. Früher entschied über dieselben eine Immediat-Jurisdictionscommission, nach der Instruction vom 10. Februar 1756[817]). Dieselbe ging im Jahre 1808 ein und wurde erst in Folge der Cabinetsordre vom 30. Juni 1828 durch eine andere Einrichtung ersetzt[818]). Hiernach sollte eine Einigung des Justizministers mit dem der betreffenden Verwaltungsbehörde vorgesetzten Ministerium versucht werden und, wenn diese nicht gelänge, der König selbst, auf Grund eines motivirten Gutachtens des Staatsministeriums und des Staatsrathes oder der höchsten Gerichte Entscheidung treffen. Auch diese Aushilfe wurde jedoch später aufgegeben und durch das Gesetz vom 8. April 1847 ein eigener Gerichtshof zur Entscheidung der Competenzconflicte eingesetzt[819]). Derselbe besteht aus dem Präsidenten des Staatsrathes, aus dem Staatssecretär und neun anderen Mitgliedern des Staatsrathes, von denen fünf Justizbeamte, die übrigen vier aber Verwaltungsbeamte sein müssen. Der König ernennt dieselben auf den Vorschlag des Präsidenten des Staatsrathes. Dieser Gerichtshof entscheidet, im einzelnen Falle unter Theilnahme von wenigstens sieben Mitgliedern, selbstständig, unter gewisser Mitwirkung des Justizministers und des betreffenden

---

816) Da die Aufzählung derselben zu weit führen würde, so genüge die Hinweisung auf Grävell, Commentar zur Allgem. Gerichtsordnung Bd. I, S. 38 flg., die Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher zu §. 1 der Einleitung der Allgem. Gerichtsordnung, verb. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 492 flg.

817) Nov. C. C. Tom. II. Fol. 519, verb. Circulare vom 7. April 1768 und 25. Mai 1796, daselbst Tom. IV. Fol. 3035, 3079.

818) Gesetzsammlung S. 86, verb. die Instruction vom 1. Juli 1835, in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XLVI, S. 105—108.

819) Gesetzsammlung S. 170.

Verwaltungschefs, durch deren Vermittelung das Erkenntniß an die resp. Behörden zur Befolgung gesendet wird[820]).

C. Die Verwaltung der kirchlichen und Unterrichtsangelegenheiten.

1) Das Religions- und Kirchenwesen.

Preußen ist ein Staat von religiös-gemischter Bevölkerung. Nach der Volkszählung am Ende des Jahres 1849 gab es, unter 16,331,187 Einwohnern, 10,016,798 Evangelische, 6,079,613 Römisch-Katholische, 1630 Griechisch-Katholische, 14508 Mennoniten, 218,998 Juden. Ueberwiegend evangelisch sind die Regierungsbezirke Gumbinnen, Königsberg (obgleich von Ermland u. s. w. ein Fünftel der Bevölkerung der römisch-katholischen Kirche angehört), Potsdam mit Berlin, Frankfurt a. d. O., Stettin, Köslin, Stralsund, Breslau, Liegnitz, Magdeburg, Merseburg, Erfurt (fast ein Drittel ist römisch-katholisch), Minden (mit fast zwei Fünfteln römisch-katholischen). Ueberwiegend römisch-katholisch sind die Regierungsbezirke Posen, Bromberg, Oppeln, Münster (ein Zehntel evangelisch), Aachen (ein Fünfundzwanzigstel evangelisch), Trier, Cöln, Düsseldorf, Coblenz, Hechingen, Sigmaringen[821]). Der Hauptbestandtheil der Griechen (1363) sind die Philipponen in dem Nicolaischen Forst des Regierungsbezirkes Gumbinnen, wo sie sich seit 1831 angebaut haben[822]). Von den Mennoniten finden sich 12970 in der Provinz Preußen, 1341 in der Rheinprovinz. Die meisten Juden leben in der Provinz Posen, wo sie mehr als fünf Procent der Bevölkerung ausmachen, in der Stadt selbst mehr als siebenzehn Procent; die wenigsten finden sich in der Provinz Sachsen (0,27 Procent).

Seit der Einführung der Reformation war der preußische Staat längere Zeit fast rein evangelisch; römisch-katholische Elemente kamen besonders hinzu aus der Jülich-Cleve'schen Erbschaft, durch die Erwerbungen in Folge des westphälischen Friedens, durch Schlesien, die früheren polnischen Besitzungen, die Rheinlande und Westphalen 1802—1803, 1813—1815. Diese Mischung der beiden Confessionen und die eigenthümliche Entwickelung des Staates ließ früher als in dem gesammten übrigen Teutschland die Grundsätze religiöser Duldung zur Anwendung gelangen, zumal da die durch den Besitz des nicht zum

---

820) Die einzelnen Erkenntnisse werden durch das Justizministerialblatt und andere officielle Organe veröffentlicht.

821) Die Details bei Dieterici, oben Anm. 49, 50 citirt, und insbesondre im Jahrgang 1850 der Mittheilungen des statistischen Bureau's S. 1 flg., 1851 S. 92 flg., 102 flg.

822) Hinschius, etwas über die Philipponen, aus amtlichen Quellen, in der von ihm herausgegebenen juristischen Wochenschrift 1837, S. 205 flg.

teutschen Reiche gehörigen Herzogthums Preußen erlangte Selbstständigkeit die Landesherren von der unbedingten Befolgung der beschränkenden Bestimmungen des westphälischen Friedens frei machte. Das Religionsedict vom 9. Juli 1788[823]) und nach ihm das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1 flg. gewähren jedem Einwohner im Staate eine vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit und gestatten jedem Hausvater seinen häuslichen Gottesdienst nach Gutbefinden anzuordnen, machen aber die Bildung von Religionsgesellschaften, d. i. die Verbindung mehrerer Einwohner des Staates zu Religionsübungen, von der Staatsgenehmigung abhängig. Die zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbundenen Religionsgesellschaften heißen Kirchengesellschaften und sind theils ausdrücklich aufgenommen, sobald sie die Rechte privilegirter Corporationen besitzen, theils geduldete, ohne diese Rechte. Bestätigt und genauer bestimmt sind diese Festsetzungen durch das Patent vom 30. März 1847, die Bildung neuer Religionsgesellschaften betreffend, nebst einer Zusammenstellung der im Allgem. Landrecht enthaltenen Bestimmungen über Glaubens- und Religionsfreiheit[824]), sowie durch die Verordnung vom 30. März 1847, betreffend die Geburten, Heurathen und Sterbefälle, deren bürgerliche Beglaubigung durch die Ortsgerichte erfolgen muß[825]). Darnach sind zu unterscheiden 1) öffentlich aufgenommene, „geschichtlich und nach Staatsverträgen bevorrechtete Kirchen", die evangelische und römisch-katholische; 2) aufgenommene, concessionirte, nicht bevorrechtete Kirchen, deren Gerechtsame in der ihnen ertheilten Concession bestimmt werden. Dazu gehören die Herrnhuter und böhmischen Brüder[826]), die von der Gemeinschaft der Landeskirche sich getrennt haltenden Lutheraner[827]); 3) ge-

---

823) Nov. C. C. Tom. VIII. Fol. 2177. v. Rabe, Sammlung Bd. VII, S. 726.

824) Gesetzsammlung S. 121 flg.

825) Gesetzsammlung S. 125 flg. Vgl. den Extract der Motive zum Patent und zur Verordnung in den Mittheilungen aus der Verwaltung der geistlichen Angelegenheiten Bd. I, H. I, S. 1 flg. (Berlin 1847 8.).

826) Im Religionsedict von 1788 §. 2 werden beide zu den öffentlich geduldeten Secten gerechnet. v. Mühler, Geschichte der evangelischen Kirchenverfassung der Mark Brandenburg (Weimar 1846 8.) S. 264 flg. sucht auszuführen, daß dieselben in Preußen nicht blos geduldet seien; indessen sind sie doch nicht privilegirte Kirchen und gehören daher zur Classe der concessionirten. S. die Generalconcession vom 7. Mai 1746 und 18. Juli 1763 u. a. (Gedicke, Annalen Bd. I, H. 3, S. 44—53, Berlin 1800 8.).

827) S. Generalconcession vom 23. Juli 1845 (in der Gesetzsammlung S. 516). Verb. Ministerialverfügung vom 7. August 1847, betreffend die Regulirung der ... Lutheraner, (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 317 f. Mittheilungen aus der Verwaltung der geistlichen Angelegenheiten Bd. I, H. IV, S. 303 flg.). Rescript vom 24. Juni 1848, betr. den Gebrauch des kirchlichen Geläutes und die öffentliche Abhaltung kirchlicher Begräbnißfeierlichkeiten der

duldete Religionsgesellschaften, mit Privatcultus, die Mennoniten[828]), die Quäker[829]), die Griechen (Anm. 822), die Juden (s. unten); 4) factisch geduldete Religionsgenossen, die Dissidenten der römisch-katholischen und evangelischen Kirche (sog. teutsch-katholische und freie Gemeinden)[830]).

Die in der Landeshoheit liegenden kirchenpolitischen Rechte, iura circa sacra, sind nach der Gesetzgebung des Landrechtes und späteren Erlasse theils dem Könige vorbehalten, theils werden sie in seinem Namen von den damit betrauten Beamten verwaltet[831]), während die Ausübung der rein kirchlichen Rechte durch die Organe der einzelnen Kirchengesellschaften erfolgt[832]).

Durch die Ereignisse des Jahres 1848 sind diese bisher befolgten Grundsätze in religiöser und kirchlicher Hinsicht weniger verändert, als in politischer. Es kommen hier folgende Bestimmungen der Verfassungsurkunde in Betracht:

Art. 12: Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses, die Vereinigung zu Religionsgesellschaften (Art. 30 und 31) und der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Religionsübung wird gewährleistet. Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse. Den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten darf durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehen. Art. 13: Die Religionsgesellschaften sowie die geistlichen Gesellschaften, welche keine Corporationsrechte haben, können diese Rechte nur durch besondere Gesetze erlangen. Art. 14: Die christliche Religion wird bei denjenigen Einrichtungen des Staates, welche mit der Religionsübung im Zusammenhange stehen, unbeschadet der im Art. 12 gewährleisteten Religionsfreiheit, zu Grunde gelegt.

... Lutheraner (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 197), Circulare über das Begräbniß der ... Lutheraner auf evangelischen Kirchhöfen vom 29. September 1850 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 228) u. a., sämmtlich auch in den oben Anm. 588, 589 citirten Actenstücken abgedruckt.

828) Edict vom 30. Juli 1789, betr. die Einrichtung des Mennonistenwesens (Nov. C. C. Tom. VIII. Fol. 2541 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. I, Abth. VII, S. 780). Dazu Declaration vom 17. December 1801, wegen der Befugniß, Grundstücke zu erwerben. (Nov. C. C. Tom. XI. Fol. 1277. v. Rabe a. a. O. Bd. VI, S. 686. Amelang, neues Archiv Bd. II, S. 377) u. a. m. S. Ergänzungen der preußischen Rechtsbücher, Anhang zum Landrecht Th. II, Tit. XI.

829) Daß dieselben wie die Mennoniten zu behandeln sind, spricht die Cabinetsordre vom 16. Mai 1830 §. 7 aus (Gesetzsammlung S. 82).

830) Ueber deren Verhältnisse s. m. die Actenstücke aus der Verwaltung der Abtheilung des Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten S. 99 flg. Actenstücke aus der Verwaltung des evangelischen Oberkirchenrathes, H. I, S. 71 flg. H. II, S. 36 flg. H. III, S. 52.

831) S. (Jacobson) die Grundsätze des preußischen Rechtes über das Verhältniß von Staat und Kirche, Königsberg 1838 8., S. 32 flg.

832) Die Grundsätze u. s. w. S. 42 flg., 46 flg.

Art. 15: Die evangelische und die römisch-katholische Kirche sowie jede andere Religionsgesellschaft, ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig und bleibt im Besitz und Genuß der für ihre Cultus-, Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds. Art. 16: Der Verkehr der Religionsgesellschaften mit ihren Oberen ist ungehindert. Die Bekanntmachung kirchlicher Anordnungen ist nur denjenigen Beschränkungen unterworfen, welchen alle übrigen Veröffentlichungen unterliegen. Art. 17: Ueber das Kirchenpatronat und die Bedingungen, unter welchen dasselbe aufgehoben werden kann, wird ein besonderes Gesetz ergehen. Art. 18: Das Ernennungs-, Vorschlags-, Wahl- und Bestätigungsrecht bei Besetzung kirchlicher Stellen ist, soweit es dem Staate zusteht und nicht auf dem Patronate oder besonderen Rechtstiteln beruht, aufgehoben. Auf die Anstellung von Geistlichen beim Militär und an öffentlichen Anstalten findet diese Bestimmung keine Anwendung. Art. 19: Die Einführung der Civilehe erfolgt nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes, das auch die Führung der Civilstandesregister regelt[833].

Die oben berührten Unterschiede der öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften u. s. w. erleiden durch diese Festsetzungen keine Veränderung, das Patent und die Verordnung vom 30. März 1847 sind dadurch nicht aufgehoben, auch dauern die Kirchenhoheitsrechte des Staates fort, jedoch nicht mehr in dem älteren Umfange, da die Religionsgesellschaften ihre Angelegenheiten selbstständig ordnen und verwalten sollen[834]. Die durch die Verfassungsurkunde ausgesprochenen Grundsätze erfordern noch mehrere Ausführungsgesetze und eine bestimmtere Auseinandersetzung des Staates und der Kirche, wobei indessen die Eigenthümlichkeiten der einzelnen Religionsgesellschaften Berücksichtigung finden werden und zwar mehr als dies im Allgem. Landrechte der Fall ist, welches über äußere und innere Angelegenheiten der Kirche, ohne die erforderliche Distinction der verschiedenen Confessionen, Satzungen enthält und von mancherlei Inconsequenzen und Widersprüchen nicht frei ist. Nach dem Princip des Titel XI, Theil II des Landrechtes müßte eigentlich jede einzelne Gemeinde independent sein, denn Suarez, welcher die Hauptarbeit bei dieser Materie übernommen hatte, erklärt bei der Revision der Monita zum Entwurfe des Kirchenrechtes: „Die Distinction zwischen Kirche und Kirchengesellschaft ver-

---

833) Die Art. 12 bis 19 der revidirten Verfassungsurkunde weichen von den Art. 11 bis 16 der Verfassung vom 5. December 1848 mehrfach ab. Ueber die letzteren s. m. die Denkschrift des Ministers des Cultus: Erläuterungen, die Bestimmungen der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 über Religion, Religionsgesellschaften und Unterrichtswesen betreffend, Berlin 1848 4.

834) Vgl. die Ausführungen in den von Richter herausgegebenen: Amtliche Gutachten, die Verfassung der evangelischen Kirche in Preußen betreffend, Berlin und Leipzig 1849 8.

stehe ich nicht. Die Kirche abgesondert von der Kirchengesellschaft scheint mir ein dunkler Begriff zu sein, von dem sich die Eigenschaften einer personae moralis nicht prädiciren lassen"[835]). Daher bestimmt auch das Landrecht in §. 36: „Mehrere Kirchengesellschaften, wenn sie gleich zu einerlei Religionspartei gehören, stehen dennoch unter sich in keiner nothwendigen Verbindung", ein Grundsatz, dem aber die Annahme gemeinsamer geistlichen Oberen (§. 114), ohne deren Genehmigung keine Veränderung in Kirchensachen gestattet ist (§. 146), die beschränkte Verfügung über die Kirchengüter (§. 217 flg.) u. a. m. widersprechen. Durch die Verfassungsurkunde ist die Autonomie der Einzelgemeinden keineswegs erhöht worden, da nicht diesen, sondern den Kirchengemeinschaften im ganzen die eigene Verwaltung zugesichert ist[836]).

Specieller muß hier zuerst von den beiden privilegirten Kirchen die Rede sein.

a) Die evangelische Landeskirche.

Die evangelische Landeskirche ist unirt. Die in Preußen schon seit dem siebenzehnten Jahrhunderte mit großem Eifer versuchte Union ist erst seit 1817 und 1830 mit größerem Erfolge herbeigeführt[837]). Die Geltung der Sonderbekenntnisse ist dadurch indessen keineswegs beseitigt worden[838]). Das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 39 bestimmt: „Protestantische Kirchengesellschaften des Augsburgischen Glaubensbekenntnisses sollen ihren Mitgliedern wechselseitig die Theilnahme auch an ihren eigenthümlichen Religionshandlungen nicht versagen, wenn dieselben keine Kirchenanstalt ihrer eigenen Religionspartei, deren sie sich bedienen können, in der Nähe haben." Auf den anerkannten Symbolen und den im Princip übereinstimmenden Kirchenordnungen beruht das gemeine Recht der evangelischen Landeskirche. Daher erklärt auch das Landrecht a. a. O. §. 66: „die Rechte und Pflichten der protestantischen Geistlichen sind durch die Consistorial- und Kirchenordnungen bestimmt". Eine bei Gelegenheit der Redaction des

---

835) Materialien zum Allgem. Landrecht Bd. XV, Fol. 140 (handschriftlich im Justizministerium zu Berlin).

836) Wegen der Literatur über das allgemeine preußische Kirchenrecht überhaupt s. m. die Ergänzungen zum Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI. Simon, Staatsrecht Bd. I, S. 351 flg. Fürstenthal, Sammlung aller das Kirchen- und Schulwesen betreffenden Gesetze, Cöslin 1838—1844, 4 Bde. und ein Nachtrag. Heckert, Handbuch der kirchlichen Gesetzgebung Preußens, Berlin 1846, 2 Bde. 8., verb. Anm. 839 flg.

837) S. den königlichen Aufruf vom 27. September 1817, die Cabinetsordre vom 30. April 1830, die Beförderung der Union betreffend. (v. Kamptz Annalen Bd. II, S. 64 flg., Bd. XIV, S. 324 flg.) Vgl. Nitzsch, Urkundenbuch der evangelischen Union, Bonn 1853 8.

838) Cabinetsordre vom 28. Februar 1834 (v. Kamptz Annalen Bd. XVIII, S. 74) u. m. a., insbesondre vom 6. März 1852 und 12. Juli 1853.

Landrechtes beabsichtigte allgemeine Kirchenordnung ist nicht zu Stande gekommen, daher gelten außer den landrechtlichen und sonstigen allgemeinen und provinziellen Vorschriften noch die provinziellen Kirchenordnungen und Agenden, mit den durch jene herbeigeführten Modificationen. Es sind dieses für die Provinz Preußen die Kirchenordnung von 1568 [839]), für Brandenburg die Consistorialordnung von 1573 und die Kirchenordnung von 1540 [840]), für Pommern die Kirchenordnung von 1563, die Agende von 1567, die statuta synodica von 1574, die leges praepositurarum von 1621, für Neuvorpommern die Consistorialinstruction von 1681, für Schlesien besondere Kirchenordnungen in den einzelnen Districten, sowie die Inspections- Presbyterialrdnung von 1742 [841]), für Sachsen die Kirchenordnung von 1580 nebst mehreren Kirchenordnungen für einzelne Theile, wie für Magdeburg und Mannsfeld von 1688, revidirt 1739, Eichsfeld 1669 u. a. [842]), für Westphalen und die Rheinprovinz die Kirchenordnung vom 5. März 1835 [843]). Allgemeinere Geltung besaß auch stets die evangelisch-reformirte Inspections-, Presbyterial-, Classical-, Gymnasial- und Schulordnung vom 24. October 1713 [844]).

Die Verfassung der evangelischen Landeskirche ist verschieden für die östlichen und westlichen Provinzen. In jenen besteht für die Reformirten im allgemeinen die auf der erwähnten Inspections ... Ordnung von 1713 beruhende Presbyterialverfassung, für die Lutherischen die Consistorialverfassung, in Rheinland und Westphalen für beide die Presbyterialverfassung. Gemeinsame Organe für alle, obgleich

---

839) S. Borck, Handbuch über die Kirchen- und Schulgesetzgebung im preußischen Staate, mit besonderer Berücksichtigung der Provinz Preußen, 2. Ausg., von Lorkowski und Oesterreich, Königsberg 1844 2 Bde. 8. Zeihe, Erläuterungen und Ergänzungen der Zusätze des ostpreußischen Provinzialrechtes zum Kirchen- und Schulrechte, Königsberg 1844 8. Jacobson, Geschichte der Quellen u. s. w., Königsberg 1839. — Die hier angeführten Kirchenordnungen des 16. Jahrhundertes finden sich in der Sammlung derselben von Richter, Weimar 1846 4.

840) S. v. Mühler, Geschichte der evangelischen Kirchenverfassung, Weimar 1846 8.

841) Simon, das Kirchenrecht und die Kirchenverfassung von Schlesien, Breslau 1847 8.

842) Ehrhardt, der evangelische Geistliche im preußischen Staate, mit besonderer Hinsicht auf die Provinz Sachsen, Halle 1847 8. v. Weber, systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes, 2. Ausg., Leipzig 1843, 1845, 2 Bde. 8.

843) Hermens, Handbuch der gesammten Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus u. s. w. in den königlich preußischen Provinzen am linken Rheinufer, Aachen und Leipzig 1833—1851, 4 Bde. 8. Jacobson, Geschichte u. s. w., Königsberg 1844. — Ein revidirter, von den Provinzialsynoden 1851 festgestellter Entwurf der Kirchenordnung findet sich in den Verhandlungen der siebenten rheinischen Provinzialsynode, Duisburg 1851 8.

844) Bei Mylius, C. C. March. T. I. Abth. I, Nr. 83, Fol. 447 flg.

mit verschiedenen Rechten, sind der Landesherr, als Inhaber der Episcopalrechte, der evangelische Oberkirchenrath, die Consistorien, General- und Specialsuperintendenten. Eigenthümliche Einrichtungen sind für die Lutherischen die Kirchencollegia, bestehend aus den Geistlichen und Kirchenvorstehern, und die Repräsentanten sowie die Gemeindekirchenräthe; für die Reformirten Presbyterien; für Rheinland-Westphalen die Presbyterien und größeren Repräsentationen. Während in den östlichen Provinzen die aus den Gemeinden hervorgehenden höheren Ordnungen erst im Entstehen begriffen sind, wirken in den westlichen Provinzen auch die Kreis- und Provinzialsynoden. Die Ressortverhältnisse aller dieser Behörden sind theils durch die vorhin erwähnten Kirchenordnungen, theils durch besondere Gesetze und Instructionen bestimmt.

Was die Episcopalrechte des Landesherrn betrifft, so sind die Redactoren des Landrechtes durchaus fern von dem Territorialsystem, neigen zum Collegialsystem, ohne das Episcopalsystem[845]) zu verwerfen, denn sie erklären: „der protestantische Landesherr hat iure superioritatis keine mehreren Rechte in Absicht der Religion, als ein jeder andere Regent. Sollte er in Absicht der protestantischen Religion mehrere andere Rechte haben, so müßte er sie iure episcopali haben. Ob er sie wirklich habe? adhuc sub iudice lis est[846])." Dennoch sind die Grundsätze des Territorialsystems, wie vor so auch nach der Vollendung des Landrechtes in kirchlichen Angelegenheiten in mannigfachster Weise zur Anwendung gekommen. Indessen begann bereits Friedrich Wilhelm III. damit, der evangelischen Kirche eine vom Staate freiere Stellung zu bereiten und Friedrich Wilhelm IV. hat die Auseinandersetzung von Staat und Kirche mit entschiedenem Erfolge weiter geführt, wie dies die seit der Provinzialsynode von 1844[847]) und der Generalsynode von 1846[848]) geänderten Ressortverhältnisse und die sonstigen Einrichtungen ergeben (s. oben Anm. 584 flg.).

Bis zum Anfange des jetzigen Jahrhundertes bestanden in den einzelnen Provinzen die Consistorien als kirchliche Behörden, unter den in Berlin befindlichen Centralbehörden. Durch das Reglement vom 21. Juni 1804 über die Vertheilung der Geschäfte in Ostpreußen

---

845) (v. Kamptz) Ueber das bischöfliche Recht in der evangelischen Kirche in Teutschland, Berlin 1828 8. (aus den Jahrbüchern Bd. XXXI besonders abgedruckt).

846) S. die Anm. 835 citirten Materialien, verb. mit dem Auszuge aus denselben Bd. XV, S. 139 flg., in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LVIII, S. 73, 75.

847) Protocolle der Provinzialsynoden, Berlin 1845, Fol.

848) Verhandlungen der evangelischen Generalsynode u. s. w., Berlin 1846, Fol., verb. Richter, Verhandlungen der evangelischen Generalsynode, Leipzig 1847 8.

und Litthauen [849]) wurde das Consistorium zu Königsberg aufgehoben und die Bearbeitung der geistlichen- und Schulsachen der ostpreußischen und litthauischen Kriegs- und Domänenkammer übertragen. In den Jahren 1808 und 1809 geschah dasselbe in den übrigen Provinzen. Eine Wiederherstellung erfolgte aber durch die Verordnung vom 30. April 1815, und es ergingen dann die Consistorialinstruction vom 23. October 1817, die Cabinetsordre vom 31. December 1825 [850]), die Verordnung vom 27. Juni 1845 nebst dem Circular vom 1. October 1847, betreffend die Ressortverhältnisse der Consistorien und Regierungen in evangelischen Kirchenangelegenheiten [851]). Während die Verordnungen von 1815 und 1817 die kirchlichen Interna den Consistorien, die Externa den Regierungen zugewiesen, die Grenzen aber nicht gehörig unterschieden hatten, ist 1845 den Consistorien das gesammte evangelische Kirchenwesen zugetheilt, das in einzelnen Fällen unter Mitwirkung der Regierung verwaltet wird. Schon nach der früheren Gesetzgebung gebührt den Consistorien 1) die Sorge für die Einrichtung der evangelischen Synoden, die Prüfung, Berichtigung und Bestätigung der Synodalschlüsse; 2) die Aufsicht über den Gottesdienst im allgemeinen, insbesondre in dogmatischer und liturgischer Beziehung; 3) die Prüfung der Candidaten pro facultate concionandi, pro ministerio und das Colloquium (nach der Instruction vom 12. Februar 1799 [852]), Verordnung vom 29. August 1810 u. a.); 4) die Bestätigung der von Privatpatronen und Gemeinden zu geistlichen Stellen berufenen Personen [853]); 5) der Vorschlag wegen der in der Provinz anzustellenden Superintenten und sonstigen geistlichen Oberen und deren Einführung; 6) die Aufsicht über die geistlichen Seminarien und die Anstellung der Lehrer bei denselben; 7) die Aufsicht über die Amts- und moralische Führung der Geistlichen und die damit verfassungsmäßig verbundenen Disciplinarbefugnisse, wozu auch die Verfügung der Amtssuspension und der Antrag auf Remotion gehört; 8) die Ertheilung verschiedener Concessionen und Dispensationen; 9) die Anordnung kirchlicher Feste, ingleichen der Buß- und Bettage, nach den Anweisungen des geistlichen Ministeriums und die Bestimmung der Texte für die bei solchen Gelegenheiten zu haltenden Predigten; dazu kommt nach der Verordnung von 1845 10) die Einführung der Geistlichen in's Amt; 11) die Bestätigung derjenigen von Privatpatronen und Gemeinden ernannten

---

849) S. Jacobson, Geschichte der Quellen Bd. I, Th. II, S. 204 flg.

850) Gesetzsammlung für 1817 S. 237 flg., 1826 S. 5 flg.

851) Gesetzsammlung für 1845 S. 440 flg. Ministerialblatt für die innere Verwaltung 1847 S. 278 flg. Vgl. Mittheilungen aus der Verwaltung der geistlichen Angelegenheiten Bd. I, H. IV, S. 316 flg.

852) Nov. C. C. Tom. X. Fol. 2203 flg. v. Rabe, Sammlung Bd. XIII, S. 364 flg., auch in v. Kamptz Annalen Bd. XI (1827), S. 933 flg.

853) Diese Befugniß war durch die Cabinetsordre vom 31. December 1825 B. Nr. 2 aufgehoben.

weltlichen Kirchenbedienten, welche nicht für die Verwaltung des kirchlichen Vermögens angestellt sind, sofern eine solche Bestätigung verfassungsmäßig erforderlich ist; 12) die Aufsicht über die Führung dieser weltlichen Kirchenbedienten; 13) die Aufrechthaltung der kirchlichen Zucht innerhalb der landesgesetzlichen Grenzen; 14) bei den dem landesherrlichen Patronate unterworfenen Kirchen wird das Ernennungsrecht zu den geistlichen und weltlichen Stellen vom Consistorium kraft Auftrages geübt; schon nach dem älteren Rechte gebührt den Consistorien 15) die Aufsicht über alle Religionsparteien (mit Ausnahme der katholischen Kirche) in Ansehung des eigentlichen Cultus, soweit dies der Staatszweck erfordert und die Gewissensfreiheit gestattet; desgleichen in Betreff des Unterrichtes 16) die Aufsicht über die gelehrten Schulen der Provinz.

In Gemeinschaft mit der Regierung hat das Consistorium die Regulirung des Stolwesens, die Zusammenziehung und Vertheilung der Parochien und die Umpfarrung einzelner Dorfschaften. Durch das Circular vom 12. December 1848 ist dies weiterhin bestätigt[854]) und durch die Errichtung des Oberkirchenrathes (s. oben Anm. 589) auch in höherer Instanz die Lösung der evangelischen Kirche von der Staatsbehörde (dem Ministerium der geistlichen Angelegenheiten) angeordnet. Die Consistorien haben außer dem Präsidenten auch Directoren, die Generalsuperintendenten, deren Geschäftskreis durch die allgemeine Instruction vom 14. Mai 1829 bestimmt ist[855]), während für die ihnen untergebenen Specialsuperintendenten in den einzelnen Provinzen besondere Anordnungen ergangen sind[856]). Ihnen liegen vornämlich die Kirchenvisitationen ob.

Zur Belebung der kirchlichen Gemeinden sind ein den Presbyterien ähnliches Organ, Gemeindekirchenräthe neuerdings eingeführt und als segensreich wirkend anerkannt worden[857]).

b) Die römisch-katholische Kirche.

Die Rechtsverhältnisse der römisch-katholischen Kirche in Preußen beruhen theils auf dem durch die Landesgesetze modificirten gemeinen kanonischen Rechte, theils auf eigenen allgemeinen und provinziellen Bestimmungen. Friedrich II. erklärt schon wiederholt: „Es gelten die

---

854) Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 374.

855) In v. Kamptz Annalen Bd. XIII, S. 277 flg. Verb. Cabinetsordre vom 7. Februar und 29. August 1828 (a. a. O. S. 66).

856) S. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 150 flg. und dazu die Ergänzungen. Vgl. Kirchen- und Schulvisitationsordnung vom 9. Februar 1830, in v. Kamptz Annalen Bd. XIV, S. 79 flg. Wilh. Werner Joh. Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart der Superintendenten in der evangelischen Kirche, Quedlinburg und Leipzig 1837 8.

857) S. Mittheilungen über Aufnahme und Wirksamkeit der evangelischen Gemeindekirchenräthe in der Provinz Preußen, Königsberg 1853 8.

kanonischen Rechte insofern sie sich in protestantischer Landesherrschaft unterworfenen Ländern anwenden lassen und der Landeshoheit in geistlichen Sachen nicht entgegen sind" [858]). Das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 66 bestimmt, daß die besonderen Rechte und Pflichten eines katholischen Priesters in Ansehung seiner geistlichen Amtsverrichtungen durch die Vorschriften des kanonischen Rechtes angeordnet sind; auch erkennt dasselbe die Direction der geistlichen Oberen, insbesondre der Bischöfe an (§. 114 flg. a. a. O.) und bestätigt die hergebrachte hierarchische Verfassung. Das kanonische Recht hat hiernach die Bedeutung eines Statutes für die privilegirte römisch-katholische Kirche (s. oben Anm. 56). Dasselbe gilt von der Bulle de salute animarum vom 16. Juli 1821, von der sogleich specieller geredet werden muß. Die für die einzelnen Provinzen geltenden Synodal- und anderen Erlasse sind bei der Uebersicht der Provinzialgesetzgebung bereits angeführt [859]).

Die iura circa sacra über die römisch-katholische Kirche hat der Staat fortwährend, der darüber bestehenden Gesetzgebung gemäß, ausgeübt. Die Grenzen derselben sind in Folge der Verfassungsurkunde Art. 12 flg. zu Gunsten der Kirche erweitert worden. Die dabei zur Anwendung gelangenden Principien sind in den Circularen vom 6. Januar, 1. März und 15. December 1849 u. a. [860]) ausgesprochen und in den Regulativen vom 25. Mai und 19. November 1850 für Preußen und Posen specieller ausgeführt [861]).

Ihre eigenen Angelegenheiten verwaltet die Kirche durch ihre Organe, vornämlich die Bischöfe und deren Stellvertreter [862]) in den bestimmten Sprengeln. Diese sind durch die Bulle: de salute animarum vom 16. Juli 1821 und die Cabinetsordre vom 23. August 1821 [863]) in folgender Weise begrenzt worden. In den östlichen Provinzen 1) das Erzbisthum Gnesen-Posen mit den zu gleichem Rechte vereinigten Diöcesen Gnesen und Posen und dem Bisthum Culm, als Suffragankirche;

---

858) S. Patent an die Stände und Einwohner der Lande Preußen und Pommern, vom 13. September 1772 (Nov. C. C. Tom. V. b. Fol. 385 flg.), Notificationspatent, betreffend die Einrichtung des geistlichen und weltlichen Justizwesens ... in den Landen Preußen und Pommern, vom 28. September 1772 (a. a. O. Fol. 451 flg.), Instruction für die westpreußische Regierung vom 21. September 1773 (a. a. O. Fol. 2125 flg.) u. a. m.

859) Vgl. Jacobson, Geschichte der Quellen des katholischen Kirchenrechtes der Provinzen Preußen und Posen, Königsberg 1837 8. Laspeyres, Geschichte und heutige Verfassung der katholischen Kirche Preußens, Halle 1840 8., und die Anm. 836, 839 flg. cit. Literatur.

860) Ministerialblatt für die Verwaltung des Inneren S. 265 flg.

861) Vgl. Amtsblatt der Regierung zu Marienwerder 1850 Nr. 37, Danzig Nr. 36, Posen Nr. 53. Ministerialblatt des Inneren S. 32 flg.

862) S. Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 115 flg., 130 flg., nebst Ergänzungen, insbesondre die Instruction für die Landdechanten u. a.

863) Gesetzsammlung S. 113 flg. Vgl. Mejer, die Propaganda Bd. II (Göttingen 1853 8.) S. 444 flg.

2) das exemte Bisthum Breslau; 3) das exemte Bisthum Ermland. In den westlichen Provinzen befindet sich 4) das Erzbisthum Cöln mit vier Diöcesen: Cöln, Trier, Münster, Paderborn. Eine Verbindung mit auswärtigen Prälaten besteht für Schlesien, wo die Grafschaft Glatz dem Erzbischofe von Prag, der District Katscher in Oberschlesien dem Erzbischof von Olmütz, sowie für die hohenzollern'schen Fürstenthümer, wo die römisch-katholische Kirche dem Erzbischof von Freiburg untergeben ist[864]). Die fremden Erzbischöfe haben inländische Stellvertreter, der von Prag einen Großdechanten, der von Olmütz einen Commissarius, den Stadtpfarrer in Katscher. Jener steht an der Spitze des Dechanatamtes in Habelschwerdt, dieser an der des Commissariates in Katscher. Die Bulle de salute animarum und die dieselbe ratificirende Cabinetsordre enthalten keine Festsetzungen über die inneren gegenseitigen Rechtsverhältnisse zwischen dem römischen Stuhle und dem Staate, sondern nur eine Vereinbarung über „die sachlichen Verfügungen, in Betreff der Einrichtung, Ausstattung und Begrenzung der Erzbisthümer und Bisthümer der katholischen Kirche des Staates und aller darauf Bezug habenden Gegenstände". Die erwähnte Cabinetsordre ertheilt nur diesen die königliche Sanction „vermöge der Majestätsrechte und diesen Rechten ... und der evangelischen Kirche des Staates unbeschadet". Da alle Festsetzungen der Circumscriptionsbulle bisher noch nicht in Vollzug gesetzt werden konnten, ist im Jahre 1845 vom rheinischen Landtage eine Motion deshalb gestellt, 1848 aber von Seiten des Clerus im Großherzogthum Posen eine förmliche Klage erhoben worden. Auf die erstere hat der König in dem Landtagsabschiede vom 27. December 1845 (sub. II, Nr. 9) geantwortet: „die in Antrag gebrachte Ausführung einiger bisher noch unerledigter Bestimmungen der Bulle de salute animarum ist kein Gegenstand ständischer Berathung", auf die letztere aber hat das Obertribunal am 11. Mai 1850, mit Abänderung des Urtheiles des Appellationsgerichtes zu Posen, erkannt: „die als ein Statut der katholischen Kirche des Staates bestätigte Bulle enthält ... nur die Vereinbarungen des päbstlichen Stuhles mit der preußischen Regierung, welche zwar völkerrechtliche Verbindlichkeiten zwischen beiden Regierungen, aber den auszustattenden kirchlichen Instituten ein Klagerecht gegen den Staatsschatz nicht gewähren"[865]). Unter denselben Gesichtspunkt fällt das durch die Bulle dem Landesherrn zuerkannte Besetzungsrecht gewisser kirchlicher Stellen, welches durch die Verfassungsurkunde Art. 18 keineswegs aufgehoben ist[866]).

864) Eine vollständige Uebersicht über den Bestand und die Organisation der einzelnen Diöcesen geben die in der Regel jährlich für jede erscheinenden „Schematismen".

865) Entscheidungen des Obertribunals Bd. XIX, S. 409 flg.

866) Darauf macht mit Recht bereits das Circular vom 1. März 1849 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 265 flg.) aufmerksam, vgl. noch oben Anm. 672.

Die kirchlichen Wahlcollegien, insbesondre die Domcapitel sind gehalten solche Candidaten aufzustellen, welche dem Könige genehm sind, wie dies ein zugleich mit der Bulle erlassenes Breve vorgeschrieben hat[867]). Die sonstigen Bedingungen für die zu berufenden Cleriker hängen, außer den kanonischen Festsetzungen, von der bürgerlichen Gesetzgebung ab[868]).

Wir gedenken hier zugleich einzelner kirchlicher oder mit der Kirche zusammenhängender Institute.

c) Einzelne kirchliche Einrichtungen.

Von den Kirchengesellschaften unterscheidet das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 12, §. 939 flg. die geistlichen Gesellschaften, Stifter, Klöster, Orden, welche durch das Edict vom 30. October 1810, über die Einziehung der sämmtlichen geistlichen Güter in der Monarchie[869]) aufgehoben wurden. Indessen sollten doch diejenigen Stiftungen und Klöster, welche sich mit der Erziehung der Jugend und der Krankenpflege beschäftigen, aufrecht erhalten und neu fundirt werden. Sowohl für die evangelische und römisch-katholische Kirche, als für beide gemeinschaftlich bestehen daher auch jetzt noch solche Institute und sind in neuerer Zeit wieder häufiger geworden. Ueber ihre Rechtsverhältnisse entscheiden, außer den landrechtlichen Bestimmungen, besondere Statuten und Regulative[870]).

Auch milde Stiftungen gehören hierher, welche theils ganz dem Staate, theils ganz der Kirche angehören, oder auch von beiden gemeinsam verwaltet werden. Im allgemeinen gelten für dieselben die Vorschriften des Landrechtes Th. II, Tit. XIX, im besonderen die Instructionen, Reglements und Hausordnungen für die einzelnen Anstalten selbst[871]).

Die durch die Verfassungsurkunde Art. 30 gewährte Associationsfreiheit hat dazu beigetragen, dergleichen Institute häufiger als früher in's Leben zu rufen; doch besteht über alle die Aufsicht des Staates, von welchem auch für dieselben die Corporationsrechte ausgehen (Verfassungsurkunde Art. 31, verb. Art. 13)[872]). Die Amortisations-

---

867) Das Breve ist erst 1837 durch das Journal historique et litteraire de Liège T. III. livr. 36 bekannt geworden. Vgl. Laspeyres a. a. O. S. 792.

868) M. s. insbesondre wegen der Prüfungen die Circularverordnung vom 31. Juli 1820 (in v. Kamptz Annalen Bd. V, S. 622 flg.).

869) Gesetzsammlung S. 32.

870) Eine Uebersicht der verschiedenen geistlichen Gesellschaften findet sich in dem preußischen Staatskalender (Handbuch für Hof und Staat).

871) M. s. darüber die Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher zum Landrecht Th. II, Tit. XIX, nebst der daselbst angeführten Literatur.

872) Vgl. Gesetz vom 11. März 1850 (Gesetzsammlung S. 277 flg.) Circular vom 1. August 1850, betr. die Verhältnisse der kirchlichen und religiösen

gesetze sind durch die Verfassungsurkunde Art. 42 aufrecht erhalten (s. unten).

Für die kirchliche Disciplin und Jurisdiction haben beide Kirchen ihre eigenthümlichen Einrichtungen. Die evangelischen Consistorien besitzen schon seit der Mitte des vorigen Jahrhundertes nicht mehr ein Cognitionsrecht in bürgerlichen Angelegenheiten [873]; ihnen steht nur die Disciplin über die Kirchenbeamten in erster Instanz zu, von welchen die Berufung an den evangelischen Oberkirchenrath stattfindet [874]. Die Mitglieder der Kirche unterliegen der Disciplin der Presbyterien, resp. der Gemeindekirchenräthe. Von jenen geht der Recurs an die Kreissynode oder deren Moderamen [875], von diesen an das Consistorium, bis die Kreissynoden organisirt sein werden [876].

Die Jurisdiction der evangelischen Consistorialconvente zu Altenkirchen, Braunfels und Hohensolms [877] sowie die des Consistoriums zu Greifswald in verschiedenen gemischten und bürgerlichen Angelegenheiten, hat in Folge der Verordnung vom 2. Januar 1849 aufgehört. Durch die Bestimmung derselben, „der Aufhebung unterliegt die geistliche Gerichtsbarkeit in allen weltlichen Angelegenheiten, namentlich auch in Processen über die civilrechtliche Trennung, Ungiltigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe. Alle solche Angelegenheiten gehören vor die ordentlichen Gerichte", sind zugleich die geistlichen Gerichte der römisch-katholischen Kirche wesentlich berührt worden. Dieselben besaßen früher in den einzelnen Provinzen einen verschiedenen Umfang von Rechten, in manchen nur die Entscheidung in rein geistlichen Angelegenheiten, in anderen dagegen, namentlich in Schlesien und am ausgedehntesten im Gebiete von Erfurt, auch freiwillige Gerichtsbarkeit für geistliche und weltliche Personen und für viele Objecte selbst die streitige [878]. Gegenwärtig beschränkt sich die geistliche Jurisdiction auf die Disciplin sowohl gegen

---

Vereine und Gesellschaften, sowie deren Versammlungen (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 378).

873) S. Verordnung vom 8. August 1750. Allgemeine Gerichtsordnung Th. I, Tit. II, §. 128.

874) Vgl. Rescript vom 24. November 1809 (Mathis Bd. X, S. 290. v. Rabe Bd. X, S. 291). Cabinetsordre vom 12. April 1822 (Gesetzsammlung S. 105). Cabinetsordre vom 27. April 1830 (Gesetzsammlung S. 81). Ressortreglement für die evangelische Kirchenverwaltung vom 29. Juni 1850 §. 1 (Gesetzsammlung S. 344).

875) Kirchenordnung vom 5. März 1835 §. 118 flg. Cabinetsordre vom 21. Juni 1844.

876) S. Grundzüge einer evangelischen Gemeindeordnung §. 12.

877) Hertel, über die Rechts- und Gerichtsverfassung der zum Regierungsbezirke Coblenz gehörigen ostrheinischen Landestheile, Bd. II, S. 259 flg. (Coblenz 1830 8.).

878) Vgl. Starke, Beiträge a. a. O. Bd. I, S. 258 flg., 311 flg., 349 flg Gitzler, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. I, §. 70 flg.

Kirchenbeamte als gegen Laien und auf Sponsalien- und Ehesachen, insofern die rein kirchliche Seite derselben in Betracht kommt [879]).

Den für die zum Ressort der geistlichen Gerichte gehörigen Sachen unentbehrlichen Schutz verleiht der Staat, nach dessen Anordnung auch den geistlichen Requisitionen wegen eidlicher Vernehmung von Zeugen, Einziehung von Kosten u. a. m., die weltlichen Gerichte ein Genüge zu leisten haben [880]). Die Einrichtung der geistlichen Gerichte, sowie die Hierarchie derselben ist in den einzelnen Diöcesen verschieden. Das Bisthum Ermland hat für die erste Instanz ein bischöfliches Gericht von iudices delegati, für die zweite das Generalofficialat, für die dritte ein Prosynodalgericht. Im Bisthum Culm ist eine gleiche Einrichtung, jedoch mit dem Unterschiede, daß für die zweite Instanz das Metropolitangericht zu Gnesen eintritt, in Folge des Suffraganverhältnisses von Culm zu Posen-Gnesen.

Für das Erzbisthum Posen-Gnesen selbst bildet die erste Instanz das Generalofficialat für Gnesen, das Generalconsistorium für Posen, jenes zugleich zweite Instanz für Posen, dieses für Gnesen, während ein gemeinschaftliches Prosynodalgericht für beide die dritte Instanz ist. Für das Bisthum Breslau besteht ein Consistorium (Ehegericht) und Generalvicariatamt mit drei Instanzen, die dritte aus Prosynodalrichtern bestehend. Die Diöcesen Münster und Paderborn haben für die erste Instanz Generalvicariate, für die zweite das Metropolitangericht zu Cöln, dem auch das Bisthum Trier subjicirt ist, in welchem die erste Instanz ein im Jahre 1852 begründetes Officialat bildet. Die dritte Instanz ist, wie überall, ein Prosynodalgericht. Für die Erzdiöcese Cöln selbst besteht gleichfalls als erste Instanz ein Officialat, als zweite Instanz ein Metropoliticum, dessen erste Abtheilung, von den Gliedern des Officialates gebildet, als Appellationsinstanz für die Suffraganen entscheidet, während die besonders constituirte zweite Instanz für den eigenen Diöcesansprengel besteht. Jedes Gericht besteht aus einem Vorsitzenden, der erforderlichen Zahl von Räthen (theils geistlichen, theils weltlichen Mitgliedern in mehreren Collegien), sowie einem Syndikus und Justitiar [881]).

Für das Militärkirchenwesen sind die Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes Th. II, Tit. XI, §. 237 flg., 279 flg., 291 flg., 404, 405, 412 flg., 437 flg., 449 flg., 556 flg., 618 flg. zuerst durch

879) S. Rescript des Justizministeriums vom 12. April 1849 (Schering, die Verordnung vom 2. Januar 1849 S. 16).

880) S. Rescript des Justizministeriums vom 20. Januar und 21. März 1834 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. XLIII, S. 241. Bd. XLV, S. 296), vom 12. Februar und 24. April 1851. (Jahrb. der preuß. Gerichtsverfassung S. 279).

881) Ueber dessen Stellung s. m. das Rescript vom 28. Januar 1804 (Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, Nr. CXVIII, S. 327 des Anhanges).

das Militärkirchenreglement vom 28. März 1811 ersetzt[882]), an dessen Stelle aber die Militärkirchenordnung vom 12. Februar 1832 getreten ist[883]). Unter der oberen Leitung des Ministeriums für die geistlichen Angelegenheiten und des Kriegsministeriums steht an der Spitze der gesammten evangelischen Militärgeistlichkeit der Feldpropst, als solcher zugleich Mitglied des evangelischen Oberkirchenrathes. Jedes Armeecorps hat einen Militäroberprediger, welcher Mitglied des resp. Provinzialconsistoriums ist und die Stelle eines Superintendenten für die Divisionsprediger, die zu seinem Bezirke gehörigen Garnisonprediger und sonstigen Militärgeistlichen bekleidet. Eine ähnliche Einrichtung besteht für die römisch-katholische Militärgeistlichkeit, deren obere Aufsicht dem Fürstbischof von Breslau übertragen ist[884]).

d) Die geduldeten Religionsgesellschaften, die Juden.

Die allgemeinen Bestimmungen über die geduldeten Religionsgesellschaften enthält das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 20 flg. Das Wesentliche ist, daß denselben ein Privatexercitium der Religion zusteht, sowohl in besonders dazu bestimmten Gebäuden, als in Privatwohnungen der Mitglieder. Diese Gebäude, welchen das Prädicat Kirche nicht gebührt, können ohne Erlaubniß des Staates von der Gesellschaft nicht als Eigenthum erworben werden. Untersagt ist der Gebrauch der Glocken und die Anstellung öffentlicher Feierlichkeiten außerhalb der Versammlungshäuser. Die zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen genießen als solche keine besonderen persönlichen Rechte.

Außer den schon oben erwähnten christlichen Secten[885]) fallen unter diese Kategorie die Juden[886]). Bis zur Mitte des vorigen Jahrhundertes theilten dieselben in Preußen die Schicksale, welchen sie

---

882) Gesetzsammlung S. 170 flg.

883) Gesetzsammlung S. 69 flg.

884) S. Circular vom 25. April 1850, im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 95.

885) In dem allgem. Kirchenblatte für das evangelische Teutschland 1853 Nr. 11 flg. findet sich eine Uebersicht der Gesetzgebung über das Sectenwesen in der evangelischen Kirche Teutschlands, insbesondre auch Preußens.

886) M. s. über dieselben überhaupt die Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher, im Anhange zum Landrecht Th. II, Tit. XI. Simon, Staatsr. Bd. I, S. 515 flg. Simon und Rönne, die früheren und gegenwärtigen Verhältnisse der Juden in den sämmtlichen Landestheilen des preuß. Staates, Breslau 1843 8. J. Rubo, die Rechtsverhältnisse der jüdischen Gemeinen in denjenigen Landestheilen des preuß. Staates, in welchen das Edict vom 11. März 1812 zur Anwendung kommt, Berlin 1844 8. Ritualgesetze der Juden, betreffend Erbschaften, Vormundschaftssachen, Testamente und Ehesachen, soweit sie das Mein und Dein angehen. Entworfen von Moses Mendelssohn, unter Aufsicht R. Hirschel Levin, Oberrabiners, Berlin 1778 8. und öfter.

bis dahin in ganz Teutschland unterlagen. Friedrich II. erließ zuerst, mit Aufhebung der früheren speciellen Verordnungen, unterm 17. April 1750 ein Generalprivilegium und Reglement für die Judenschaft[887]). Dieses blieb auch nach der Publication des Allgem. Landrechtes in gesetzlicher Kraft[888]). Wesentliche Aenderungen erfolgten aber durch das Edict vom 11. März 1812[889]), jedoch nur in Betreff der bürgerlichen Verhältnisse, indem für die religiösen Verhältnisse es im ganzen beim alten blieb, so daß das Ministerialrescript vom 12. Mai 1840[890]) noch ausdrücklich die fortdauernde Geltung des Reglements vom 17. April 1750 für Cultusangelegenheiten aussprechen konnte. Das Edict vom Jahre 1812 blieb nur für diejenigen Landestheile, welche damals dem preußischen Staate angehörten, geltendes Gesetz, während für die später wieder erworbenen oder neu acquirirten Gebiete der in denselben vorgefundene Rechtszustand aufrecht erhalten wurde[891]). Die Cabinetsordre vom 29. April 1824 hatte zwar bereits den Gedanken einer gemeinsamen Gesetzgebung angeregt, blieb aber ohne Erfolg, da die mit ihren Anträgen vernommenen Provinzialstände meistens Beschränkungen zum Schutze der christlichen Bevölkerung beantragten[892]). Die Schwierigkeiten, welche dadurch entstanden, daß selbst in den einzelnen Provinzen neben einander, höchst abweichende und vielfach mit Widersprüchen behaftete partikulare, teutsche und fremde Normen angewendet werden mußten, machten eine neue Legislation dringend nothwendig. Dieselbe kam zuerst nur für das Großherzogthum Posen zu Stande durch die Verordnung vom 1. Juni 1833, nebst der Instruction vom 14. Januar 1834[893]), endlich aber für den ganzen Staat durch das Gesetz vom 23. Juli 1847[894]). Der erste Titel desselben „über die

---

887) Im Nov. C. C. Tom. II. Fol. 115 flg. Im wesentlichen ist dasselbe wiederholt in dem General-Judenreglement für Süd- und Neuostpreußen vom 17. April 1797, im Nov. C. C. Tom. X. Fol. 1033 flg.

888) Vgl. die amtliche Denkschrift: Darstellung des jetzt bestehenden factischen und rechtlichen Zustandes des jüdischen Cultus- und Unterrichtswesens in der preußischen Monarchie, in den Mittheilungen aus der Verwaltung des Ministeriums der geistlichen ... Angelegenheiten in Preußen, Jahrg. I, (Berlin 1847 8.) H. II, S. 155 flg.

889) In der Gesetzsammlung S. 17 flg.

890) Im Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 228.

891) Vgl. besonders die Cabinetsordre vom 8. August 1830, in der Gesetzsammlung S. 116. Eine Ausnahme trat indessen für das Gebiet von Danzig ein, zufolge der Cabinetsordre vom 25. April 1832, in v. Kamptz Annalen Bd. XVII, S. 446, Jahrbücher Bd. XLIV, S. 65.

892) M. s. die Auszüge, in der Denkschrift zum Entwurfe der Verordnung von 1847, in der Allgem. Preuß. Zeitung 1847 Nr. 165.

893) Gesetzsammlung für 1833 S. 66 flg., die Instruction bei Simon und Rönne a. a. O. S. 309 flg.

894) Gesetzsammlung S. 263 flg. Zur Erläuterung desselben dienen die Verhandlungen des ersten vereinigten Landtages von 1847 (s. Allg. Preuß. Zeitg. 1847 Nr. 165 flg., Nr. 217).

bürgerlichen Verhältnisse der Juden", welcher von dem Princip ausgeht, daß den jüdischen Unterthanen, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, im ganzen Umfange der Monarchie neben gleichen Pflichten auch gleiche bürgerliche Rechte mit den christlichen Unterthanen zustehen sollen, ist in Betreff der Ausnahmen durch die Verfassungsurkunde Art. 12 zu Gunsten der Juden modificirt. Ausgeschlossen sind dieselben von solchen Aemtern, welche nach ihrem Zwecke oder nach statutarischer Festsetzung die Zugehörigkeit zum christlichen Bekenntnisse erfordern, desgleichen vom Patronate und der Aufsicht über das Kirchenvermögen[895]). Die bürgerliche Beglaubigung der Geburts-, Heuraths- und Sterbefälle unter den Juden erfolgt durch Eintragung in ein gerichtlich zu führendes Register[896]); doch ist der nachfolgenden Anwendbarkeit der Ritualgesetze dadurch kein Abbruch geschehen. Der zweite Titel des Gesetzes von 1847 hat die Cultus- und Unterrichtsangelegenheiten der Juden neu geordnet, nachdem zuvor von Seiten der Regierung Gutachten jüdischer Gelehrten eingeholt und eine eigene Commission niedergesetzt war[897]). Hiernach sollen die Juden in Synagogengemeinden (Judenschaften) vereinigt werden, so daß alle innerhalb eines Synagogenbezirkes wohnenden Juden einer solchen Gemeinde angehören. Es werden diesen die Rechte juristischer Personen beigelegt und zugleich wird eine geordnete Verfassung für dieselben, unter der Oberaufsicht des Staates, vorgeschrieben. In allen Angelegenheiten der Synagogengemeinden geht der Recurs an die Regierung und gegen deren Entscheidung an den Oberpräsidenten. Der Rechtsweg ist gegen die Entscheidung der Regierung nur dann zulässig, wenn die Klage auf einen speciellen privatrechtlichen Titel gegründet wird. Die innere Einrichtung des Cultus bleibt der Vereinbarung des Vorstandes und der Repräsentanten jeder Gemeinde überlassen, für welche ein vom Oberpräsidenten zu bestätigendes Statut entworfen wird.

2) Das Unterrichtswesen[898]).

Schon zeitig hat die preußische Regierung die hohe Bedeutung des Unterrichtswesens für das Gesammtwohl anerkannt und zur Förderung

---

895) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 582, 583. Gesetz vom 30. August 1816 (in der Gesetzsammlung S. 207), Gesetz vom 23. Juli 1847 §. 3.

896) Gesetz vom 23. Juli 1847 §. 8—22. Damit verb. man die Instruction vom 29. Juli, 9. August 1847 über das bei der Beglaubigung zu beobachtende Verfahren, im Justizministerialblatt S. 233 flg., Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 193 flg.

897) S. Zunz, kurze Antworten auf Cultusfragen, Berlin 1844 8. S. besonders die oben Anm. 888 citirte amtliche Denkschrift.

898) S. im allgemeinen die Ergänzungen und Erläuterungen zum Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XII, und die daselbst citirte Literatur; verb. Simon, Staatsrecht Bd. I, S. 612 flg. Adolph Heckert, Handbuch der Schulgesetzgebung Preußens, Berlin 1847 8. Ueber die großen Fortschritte in der

desselben es an den nöthigen gesetzlichen Bestimmungen zu keiner Zeit fehlen lassen. Von älteren Vorschriften verdienen besonders hervorgehoben zu werden, das Edict vom 16. April 1710 wegen der Generalvisitation der Kirchen, Schulen u. s. w.[899]), die Inspections-, Presbyterial-, Classical-, Gymnasien- und Schulordnung vom 24. October 1713 (s. oben Anm. 844), das General-Landschulreglement vom 12. August 1763[900]) u. a. m., worin der Zusammenhang der Kirche und Schule überall hervortritt und die Schulpflicht der Kinder vom fünften bis vierzehnten Lebensjahre ausgesprochen ist. Daran schließt sich das Allgem. Landrecht, welches Theil II, Titel XII von niederen und höheren Schulen handelt und an die Spitze den Grundsatz stellt, daß Schulen und Universitäten Veranstaltungen des Staates sind, nur mit Vorwissen und Genehmigung desselben errichtet werden dürfen und seiner Prüfung und Visitation zu jeder Zeit unterworfen sind. Diese Aufsicht erstreckt sich aber auch auf Privatanstalten und Privatpersonen, welche sich mit der Erziehung gewerbeweise beschäftigen[901]). Gegen diese Principien wurden im Jahre 1848 Bedenken laut, welche jedoch bei der Redaction der Verfassungsurkunde genügend widerlegt wurden. Die Verfassung vom 5. December 1848 Art. 17—23 und die revidirte Urkunde Art. 20—26[902]) enthält folgende Bestimmungen: Art. 20. Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei. Art. 21. Für die Bildung der Jugend soll durch öffentliche Schulen genügend gesorgt werden. Eltern und deren Stellvertreter dürfen ihre Kinder oder Pflegebefohlenen nicht ohne den Unterricht lassen, welcher für die öffentlichen Volksschulen vorgeschrieben ist. Art. 22. Unterricht zu ertheilen und Unterrichtsanstalten zu gründen und zu leiten, steht Jedem frei, wenn er seine sittliche, wissenschaftliche und technische Befähigung den betreffenden Staatsbehörden nachgewiesen hat[903]). Art. 23. Alle öffentlichen und Privatunterrichts- und Erziehungsanstalten stehen unter der Aufsicht vom Staate ernannter Behörden. Die öffentlichen Lehrer haben die Rechte und Pflichten der Staatsdiener. Art. 24. Bei der Einrichtung von öffentlichen Volksschulen sind die confessionellen Verhältnisse möglichst zu berücksichtigen.

---

letzten Zeit s. m. die statistische Uebersicht des öffentlichen Unterrichtes im Jahre 1816 und 1846, in den Mittheilungen des statistischen Bureau's in Berlin 1848 S. 33 flg.

899) Mylius, Corp. C. March. Tom. I. P. I. nr. 77.

900) Nov. C. C. Tom. III. Fol. 265 flg.

901) Cabinetsordre vom 10. Juli 1834 (Gesetzsammlung S. 135), Instruction zur Ausführung derselben vom 31. December 1839 (Ministerialblatt für die Verwaltung des Innern 1840 S. 94 flg.). Circulare vom 12. April 1842 (a. a. O. S. 119) u. a. m.

902) S. die oben Anm. 833 angeführten Erläuterungen u. s. w. S. 14 flg.

903) Dieser Grundsatz weicht insofern von der Instruction von 1839 (Anm. 901) ab, als nach derselben zur Concessionirung einer Privatanstalt das vorhandene Bedürfniß nachgewiesen werden mußte.

Den religiösen Unterricht in der Volksschule leiten die betreffenden Religionsgesellschaften. Die Leitung der äußeren Angelegenheiten der Volksschule steht der Gemeinde zu. Der Staat stellt, unter gesetzlich geordneter Betheiligung der Gemeinden, aus der Zahl der Befähigten die Lehrer der öffentlichen Volksschulen an. Art. 25. Die Mittel zur Errichtung, Unterhaltung und Erweiterung der öffentlichen Volksschulen werden von den Gemeinden und, im Falle des nachgewiesenen Unvermögens, ergänzungsweise vom Staate aufgebracht. Die auf besonderen Rechtstiteln beruhenden Verpflichtungen Dritter bleiben bestehen. Der Staat gewährleistet demnach den Volksschullehrern ein festes, den Localverhältnissen angemessenes, Einkommen. In der öffentlichen Volksschule wird der Unterricht unentgeldlich ertheilt[903a]). Art. 26. Ein besonderes Gesetz regelt das ganze Unterrichtswesen. — Dieses Gesetz ist bisher nicht erschienen und es sind deshalb die früheren Normen, insoweit sie den obigen Grundsätzen der Verfassung nicht widersprechen, noch gegenwärtig in Geltung. Die **Elementarschulen** unterliegen zunächst eigenen Schulvorständen, in größeren Städten Schuldeputationen mit Stadtschulräthen[904]). Die höhere Aufsicht über die Schulen auf dem Lande und in kleineren Städten führen die Superintendenten als Kreisschulinspectoren[905]), die Seminardirectoren[906]) und allgemeiner die Regierungen und Provinzialschulcollegia (s. oben), von denen deshalb auch geeignete Vorschriften erlassen werden können[907]) In einzelnen Provinzen gelten außerdem noch besondere Schulordnungen und Instructionen, wie für Preußen die Schulordnung vom 11. December 1845[908]), welche an die Stelle der: Principia regulativa oder Generalschulplan, nach welchem das Landschulwesen im Königreiche Preußen eingerichtet werden soll v. 1. August 1736 nebst deren Declarationen[909]),

---

903a) Ueber die Regulirung des Einkommens der Elementarlehrer vgl. Circular vom 6. März 1852, im Ministerialblatt des Innern S. 42 flg.

904) Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 29. Vgl. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XII. §. 49. Verordnung vom 1. September 1811. Rescript vom 21. November 1827 (v. Kamptz Annalen Bd. XI, S. 960). Rescript vom 10. Juli 1840 (Ministerialblatt des Innern S. 97).

905) Ministerialrescript vom 22. April 1823 (v. Kamptz Annalen Bd. VII, S. 292).

906) S. Rescript vom 1. Juni 1826 (v. Kamptz Annalen Bd. X, S. 358 flg.), vom 30. August 1840 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 358).

907) Viele derselben finden sich in v. Kamptz Annalen, dem Ministerialblatt des Innern u. a. M. s. z. B. die Verordnung der Regierung zu Frankfurt vom 24. März 1853 (Staatsanzeiger Nr. 100) über den Schulbesuch, worin die diesen Gegenstand betreffenden Bestimmungen mit gewisser Vollständigkeit zusammengestellt sind.

908) Gesetzsammlung 1846 S. 1 flg., verb. die Erläuterungen dieser Schulordnung in der cameralistischen Zeitung für die preußischen Staaten 1846 Nr. 11—19.

909) Vgl. Zeihe, Ergänzungen und Erläuterungen des ostpreußischen Provinzialrechtes u. s. w. S. 138 flg., 207 flg.

getreten ist; für Schlesien das Generallandschulreglement vom 18. Mai 1801[910]) u. a.

Die Mittelschulen, Bürger- und Realschulen unterscheiden sich von den sogenannten gelehrten Schulen, Gymnasien, indem diese die Ausbildung für den höheren Staatsdienst durch Entlassung der Schüler zu den Universitäten übernehmen, während jene für die höhere Volksbildung überhaupt wirksam sind; doch sind einzelne Realschulen auch besonders autorisirt, Entlassungsprüfungen zum Behuf academischer Studien anzustellen, wobei das Reglement vom 8. März 1832 angewendet wird[911]), während für die Gymnasien das Prüfungsreglement vom 4. Juni 1834 maßgebend ist[912]). Die zu den gelehrten Schulen gerechneten Progymnasien haben nicht das Recht, zur Universität zu entlassen. Besondere Vorschriften gelten für die in Folge der Cabinetsordre vom 6. Juni 1842 gegründeten Turnanstalten[913]) sowie für die Gewerbeschulen[914]). Für die Universitäten[915]) gelten außer den allgemeinen und gemeinsamen Bestimmungen besondere Privilegien und Statuten, insbesondre auch der einzelnen Facultäten. Was die Studirenden der Rechte betrifft, so sind durch die Allgem. Gerichtsordnung Th. III, Tit. IV, §. 1 flg. die Bedingungen der künftigen Zulassung zur Praxis bezeichnet und durch spätere Erlasse genauer bestimmt, auch der von der juristischen Facultät zu Bonn vorgelegte Studienplan vom Ministerium unterm 30. September 1851 bestätigt[916]). Die durch die Rescripte vom 15. April und 24. August 1848 angeregte Reform der Universitäten[917]) wird mit dem in der Verfassungsurkunde in Aussicht gestellten Unterrichtsgesetze vollere Befriedigung erhalten. Das durch den Bundesschluß vom 20. Septbr.

---

910) Wenzel, Provinzialrecht von Schlesien S. 451 flg. Erkenntniß des Obertribunals vom 25. September 1837 (Sammlung der Präjudicien S. 298).

911) In v. Kamptz Annalen Bd. XVI, S. 103 flg. S. das Verzeichniß vom 30. April 1850 im Ministerialblatt des Innern S. 99.

912) In v. Kamptz Annalen Bd. XVIII, S. 375 flg.

913) Circulare vom 7. Februar und 22. April 1844, 3. September 1847 (Ministerialblatt des Innern 1844 S. 127. 1847 S. 323). Ueber Turnanstalten für die weibliche Jugend s. das Circular vom 19. Mai 1846 (a. a. O. S. 83) und über die Errichtung einer Central-Bildungsanstalt für Turnlehrer das Circular vom 16. Februar 1848 (a. a. O. S. 153).

914) Ministerialerlaß vom 5. Juni und 20. October 1850 (Ministerialblatt des Innern S. 351), sowie vom 31. März 1852 (a. a. O. S. 90).

915) Dieterici, geschichtliche und statistische Notizen über die Universitäten im preußischen Staate, Berlin 1836 8. Koch, die preußischen Universitäten, Berlin 1839 flg., 3 Bde. 8. Im letzteren Werke finden sich die Statuten u. s. w.

916) S. Preuß. Staatsanzeiger 1851 Nr. 111. S. noch oben Anm. 406.

917) Vgl. Verhandlungen der Conferenz zur Berathung von Reformen in der Verfassung und Verwaltung der preußischen Universitäten, Berlin 1849 8.

1819, publicirt am 18. October d. J.[918]), eingeführte Institut der außerordentlichen Regierungsbevollmächtigten bei den Universitäten ist in Folge des Bundesschlusses vom 2. April 1848, publicirt am 18. Juli d. J.[919]), aufgehoben und die Stellung der in Wirksamkeit gebliebenen Universitätscuratoren demgemäß modificirt worden.

Der bisherigen Entwickelung der preußischen Verfassung und Verwaltung lassen wir eine Darstellung

der einzelnen Rechtsinstitute

sowohl im Gebiete des materiellen als des formellen Rechtes folgen, beschränken uns aber dabei auf die Hervorhebung des Eigenthümlichen, besonders insofern sich provinzielle Abweichungen vom gemeinen Rechte Teutschlands vorfinden und auf die Angabe der wichtigeren Literatur.

Für das allgemeine Landrecht, insbesondre das darin enthaltene Privatrecht, kommen hier überhaupt in Betracht: Joh. Christoph Merkel, historisch-kritischer und exegetischer Commentar zum Allgem. Landrechte, Breslau und Leipzig 1812, 2 Thle. 8. Gustav Alex. Bielitz, practischer Commentar zum Allgem. Landrechte, Erfurt 1823 flg. 8 Thle. und 2 Hefte Nachträge (von Bd. I, 2. Ausg. 1835) 8. Fürstenthal, das preußische Civilrecht, nach Anleitung und der Titelfolge des Allgem. Landrechtes, Königsberg 1842 8. Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, Breslau 1847 flg., 3. Ausg. Systematische Arbeiten sind: Woltär, Einleitung zum Allgem. Landrechte, Halle 1796 8. v. Goßler, Handbuch gemeinnütziger Rechtswahrheiten für Geschäftsmänner, nach Anleitung des Allgem. Landrechtes, 3. Ausg. besorgt von Strampff, Berlin 1826 8., verb. S(varez) und G(oßler) Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der preußischen Staaten, Berlin und Stettin 1793 8. v. Eggers, Lehrbuch des Natur- und allgemeinen Privatrechtes und gemeinen preußischen Rechtes, Berlin 1797, 3 Thle. in 4 Bdn. 8. (Preisschrift). Werdermann, Einleitung in das gemeine Recht der königl. preuß. Staaten, Leipzig 1797, 2 Bde. 8. (zweite Preisschrift). Klein, System des preuß. Civilrechtes, mit Hinweisung auf das gemeine Recht, Halle 1801, 2 Bde., neu bearbeitet von v. Rönne 1830 und 2. Ausg. 1835 8. Hübner, System des Allgem. Landrechtes, nach Thibaut's System, Hildesheim 1806 2 Bde. 8. Madihn, Institutionen des gesammten Privatrechtes ..., welches sowohl in Teutschland als in den preuß. Staaten gilt, Breslau

918) Gesetzsammlung S. 218, verb. Instruction vom 18. November 1819, Cabinetsordre vom 21. Mai 1824 u. a. (in v. Kamptz Annalen Bd. VIII, S. 419 flg.).

919) Ministerialblatt des Innern S. 222.

1814 8. (zweiter Abdruck 1815). Temme, Handbuch des preuß. Civilrechtes, Leipzig 1832, 1835, 2 Thle. 8. 2. Ausg. Berlin 1846 8. Thöne, ausführliches systematisches Handbuch des preuß. Privatrechtes, Leipzig 1833 u. 1835, Bd. I in 2 Thln., enthaltend die Fundamentallehren. Schröter, System des Allgem. Landrechtes, Berlin 1838, 1839, 3 Hefte. 2. Ausg. als Lehrbuch u. s. w., Berlin 1840 flg. 3 Bde. 8. Bornemann, systematische Darstellung des preußischen Civilrechtes, unter Benutzung der Materialien des Allgem. Landrechtes, Berlin 1833—1839. 2. Ausg. 1842—1845, 6 Bde. 8. Laspeyres, System des preuß. Privatrechtes, Halle 1843 8. Koch, Lehrbuch des gemeinen preuß. Privatrechtes, Berlin 1845 u. 1846, 2 Bde. 8. Heydemann, System des preuß. Civilrechtes, Berlin 1851 8. v. Daniels, Lehrbuch des gemeinen preuß. Privatrechtes. Berlin 1851 u. 1852, 4 Bde. 8.

Das System des Landrechtes knüpft sich an den Unterschied von Person und Sache. „Der Mensch wird, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt" (Allg. Landrecht Th. I, Tit. I, §. 1). „Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein kann. Auch die Handlungen des Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechtes ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen. Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch Uebereinkunft der Menschen eine Selbstständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann" (Th. I, Tit. II, §. 1—3). Nach Voranstellung der allgemeinen Grundsätze über das Verhältniß der Person zur Sache (Handlungen, Willenserklärungen, Verpflichtungen durch Verträge und durch unerlaubte Handlungen Th. I, Tit. III—VI), über Besitz (Tit. VII) und Eigenthum überhaupt (Tit. VIII) bildet den ersten Theil (Tit. IX—XXIII) das Sachenrecht im engeren Sinne, den zweiten Theil das Personenrecht, nämlich das Familienrecht (Ehe, Verhältniß von Eltern und Kindern, Erbrechte, Gesinde Th. II, Tit. I—V), das Recht der Gesellschaften, Corporationen und Gemeinden (Tit. VI), der Stände (Tit. VII—X), des kirchlichen und Schulwesens (Tit. XI u. XII), der Gesammtheit des Staates, seiner Rechte und Pflichten (Tit. XIII—XX).

Ein großer Theil dieser Rechtsverhältnisse ist, mit Berücksichtigung der Modificationen des Allgem. Landrechtes durch die spätere Gesetzgebung, insbesondre die Verfassungsurkunde, schon oben berührt worden. So namentlich die Verschiedenheit der Personen nach Stand, Religion u. s. w. In Betreff der Ehre entscheiden jetzt vornämlich die Bestimmungen des Strafgesetzbuches vom 14. April 1851[920]), welche

920) §. 7, 11, 12, 21—24, 43, worin sich die allgemeinen Grundsätze finden, wozu bei den einzelnen Verbrechen selbst die besonderen Anwendungen treten.

durch Specialverordnungen ihre nähere Erklärung erhalten. Das Gesetz unterscheidet den Verlust der bürgerlichen Ehre, worauf besonders erkannt werden muß und womit verbunden ist, der Verlust der Nationalcocarde, öffentlicher Aemter, Würden, Titel, Orden, des Adels, die Unfähigkeit Geschworener zu sein, in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, oder als Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu dienen, die Unfähigkeit Vormund u. s. w. zu sein, desgleichen der Verlust des Rechtes Waffen zu tragen und die Unfähigkeit in die Armee einzutreten. Eine Verminderung der bürgerlichen Ehre besteht in der Bescholtenheit. Die Unbescholtenheit ist Erforderniß zur Ausübung des Patronates, der Gerichtsbarkeit, ständischer Rechte 921), zum Besitze des Bürgerrechtes 922), zum Betriebe der Preßgewerbe 923) u. a. Die frühere Anrüchtigkeit der Unehelichen 924), der Abdecker 925) ist ausdrücklich aufgehoben.

Zur Kenntniß des preußischen Sachenrechtes dienen vorzüglich: Simon und v. Strampff, Materialien des Allgem. Landrechtes zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung, Berlin 1836 8. (bildet den dritten Band der Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des preußischen Rechtes). C. F. Koch, die Lehre vom Besitz nach preuß. Rechte, mit Rücksicht auf das gemeine Recht und die Materialien u. s. w., 2. Ausg., Breslau 1839 8.

Das Eigenthum ist im allgemeinen ein unbeschränktes Recht. Die Verfassungsurkunde bestimmt darüber im Art. 9: „Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung, nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden" und im Art. 42: „das Recht der freien Verfügung

---

Vgl. dazu die Ergänzungen zum Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XX, §. 85—90 D. (Bd. VI, S. 248 flg.) und zum Strafgesetzbuche von 1851 a. a. O.

921) S. Gesetz vom 8. Mai 1837 über die persönliche Fähigkeit zur Ausübung der Rechte der Standschaft u. s. w. (Gesetzsammlung S. 99). Gesetz vom 23. Juli 1847 über die Entziehung oder Suspension ständischer Rechte wegen bescholtenen oder angefochtenen Rufes (Gesetzsammlung S. 279 flg.)

922) S. Allerh. Declaration vom 6. April 1823 (Gesetzsammlung S. 42), Verordnung vom 18. December 1841, 23. April 1842 (Gesetzsammlung für 1842 S. 30, 115). Vgl. Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 7 (Gesetzsammlung S. 261).

923) Preßgesetz vom 12. Mai 1851 §. 1 (Gesetzsammlung S. 273), verb. Erlaß vom 19. März, 2. u. 8. Mai 1852 (Ministerialblatt des Innern S. 120 flg.). S. Rönne, das Gesetz üb.r die Presse u. s. w. (Breslau 1851 8.) S. 42 flg.

924) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. II, §. 662 flg., Th. II, Tit. VIII, §. 279. Cabinetsordre vom 1. September 1778 (Nov. C. C. Tom. X. Fol. 1701) u. a.

925) Cabinetsordre vom 4. December 1819, 21. October 1827 (v. Kamptz Annalen Bd. IV, S. 142. Bd. XI, S. 1011).

über das Grundeigenthum unterliegt keinen anderen Beschränkungen, als denen der allgemeinen Gesetzgebung". Das allgemeine Landrecht Th. I, Tit. VIII, §. 25 flg. enthält bereits allgemeine und specielle Vorschriften über die Beschränkungen des Eigenthums, zu deren näherer Declaration noch besondere Gesetze ergangen sind. Die Beschränkungen sind durch das Gesetz angeordnet „zum Besten des gemeinen Wesens". Aus diesem Grunde kann die Abtretung des Privateigenthums gefordert werden (Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XI, §. 4—11)[926]), zur Anlegung oder Verbreitung einer öffentlichen Landstraße, eines schiffbaren Canales oder Flußbettes, für Festungswerke u. a. (Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 §. 8 flg.[927]) — Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 §. 20, 21[927a]). Verordnung in Betreff der Kriegsleistungen und deren Vergütigung vom 12. November 1850[928]). Die in der Regel dem Einzelnen aus dem Gesammtvermögen zu leistende Entschädigung[929]) fällt aber fort, wenn das Gesetz eine solche nicht verheißt, insbesondre wenn der Gebrauch eines Majestätsrechtes die Aufopferung mit sich bringt[930]). Zum besten des gemeinen Wesens ist aber in vielen Fällen nur die Ausübung des Eigenthums beschränkt. Dies zeigt sich bei der Verpflichtung zur Erhaltung und Herstellung von Gebäuden, bei der Beschränkung von Neubauten, bei Bauten innerhalb der Festungsrayons u. a. m.[931]). Insbesondre gehört auch hierher die Aufsicht des Staates bei der Benutzung und Bewirthschaftung von Privatwaldungen und Privatflüssen. Das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, §. 83 flg. sowie die Forstordnungen einzelner Provinzen (für die Provinz Preußen vom 23. März 1739, 3. December 1775 u. a.) enthalten Beschränkungen in Ansehung der Benutzung der Privatwaldungen, welche das Edict zur Beförderung der Landcultur vom 14. September 1811 §. 4—6 aufgehoben hat. In Betreff der Jagd sind die früheren Beschränkungen (Allgem. Land-

---

926) S. Ergänzungen dazu. Vgl. Kletke, die preußische Gesetzgebung über Zwangsabtretung des privativen Eigenthumes zum Wohle des gemeinen Wesens u. s. w. oder das Expropriationsrecht im preußischen Staate, Berlin 1847 8.

927) Gesetzsammlung S. 505. Vgl. Westermann, Handbuch der preußischen Actien- und Eisenbahngesetzgebung, Leipzig 1846 8. Kletke, die preußischen Eisenbahnen, Berlin 1844—1846, 2. Abth. 8.

927a) Gesetzsammlung S. 58.

928) Gesetzsammlung S. 493 flg.

929) Einleitung zum Allgem. Landrecht §. 75. Gutachten des Staatsministeriums vom 16. November und Cabinetsordre vom 4. December 1831 (Gesetzsammlung S. 255).

930) S. Koch, allgem. Landrecht, zur Einleitung §. 75.

931) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. VIII, §. 35 flg., 65 flg. nebst den Ergänzungen. S. Jäschke, die preußischen Baupolizeigesetze und Verordnungen, Berlin 1840 8. Ed. Zimmermann, die preußischen Rayongesetze nebst den erläuternden Bestimmungen historisch und rechtlich erörtert, Dresden 1846 8.

recht Th. II, Tit. IX, §. 127. Th. II, Tit. XVI, §. 30 flg. u. a.) durch das Gesetz, betreffend die Aufhebung des Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden und die Ausübung der Jagd vom 31. October 1848 beseitigt, in Folge der dadurch herbeigeführten Mißstände aber die Ausübung der Jagd wieder gewissen Einschränkungen unterworfen (Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850)[932]). Ueber die Benutzung von Wasserleitungen, Privatflüssen u. s. w. entscheidet das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, §. 96 flg. sowie das Gesetz vom 28. Februar 1843[933]). Die früher beschränkte Zertheilung geschlossener Landgüter wurde durch das Edict vom 9. October 1807 §. 4, vom 14. September 1811 §. 1 flg. u. a. freigegeben; auf's neue erfolgte eine Beschränkung durch das Gesetz vom 3. Januar 1845, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen[934]), welche jedoch durch die Verfassungsurkunde Art. 42 (die Theilbarkeit des Grundeigenthums wird gewährleistet), die Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 31 und das Gesetz vom 24. Februar 1850 wieder aufgehoben wurde[935]). Die daraus entstandenen Nachtheile haben aber die Herstellung des früheren Rechtes nothwendig gemacht (Gesetz vom 24. Mai 1853, zur Ergänzung des Gesetzes vom 3. Januar 1845[936])). Die Beschränkung gilt indessen nicht für Neuvorpommern, Westphalen und die Rheinlande. Die Verfassungsurkunde gewährleistet die Ablösbarkeit der Grundlasten (s. weiterhin). Gesetzliche Einschränkungen des Eigenthums bestehen auch zum besten der Nachbarn (Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, §. 99 flg.). Dahin gehört das Recht der Vorfluth, welche der unterhalb liegende Grundbesitzer dem oberhalb liegenden verschaffen muß. Es entscheiden darüber theils die Provinzialgesetze wie besonders das Vorfluthedict für Schlesien vom 20. December 1746[937]), theils das

---

932) Gesetzsammlung 1848 S. 343 flg., 1850 S. 165 flg. Verfügung vom 3. Februar 1853 über die Hege- und Schonzeit des Wildes (Preuß. Staatsanzeiger S. 313). Hahn, das preußische Jagdrecht, 2. Ausgabe, Breslau 1848 8.

933) Gesetzsammlung S. 41 flg., für den Bezirk des Appellationsgerichtes zu Cöln eingeführt durch Verordnung vom 9. Januar 1845 (Gesetzsammlung S. 35). Die im Landrecht a. a. O. §. 100 erwähnten Gräben und Canäle gehören nicht zu den Privatflüssen, nach dem Plenarschlusse des Obertribunals vom 9. April 1844 (Justizministerialblatt S. 199. Entscheidungen des Obertribunals Bd. X, S. 245 flg).

934) Gesetzsammlung S. 25. Verb. Allerhöchste Declaration vom 7. August 1846 (Gesetzsammlung S. 395).

935) Gesetzsammlung für 1849 S. 10, für 1850 S. 68.

936) Gesetzsammlung S. 241. Verb. Gesetz vom 3. März 1850, betreffend den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke (Gesetzsammlung S. 145).

937) Korn's Edictensammlung Bd. III, S. 392. S. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Januar 1850 (Justizministerialblatt S. 91 flg. Entscheidungen des Obertribunals Bd. XIX, S. 53 flg.), desgleichen vom 14. März 1850 (Entscheidungen Bd. XX, S. 448 flg).

allgemeine Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung von Vorfluth vom 15. November 1811[938]). Hier kommen auch die Bestimmungen wegen der Bauten und anderer Anlagen auf der Grenze des Nachbars in Betracht[939]).

Beschränkungen im Eigenthumserwerb von Immobilien bestehen für Soldaten[940]), Mennoniten[941]), Ausländer[942]). Nach der Verfassungsurkunde Art. 42 sind für die todte Hand Beschränkungen des Rechtes, Liegenschaften zu erwerben und über sie zu verfügen, zulässig. Es gelten daher noch die Amortisationsgesetze[943]).

Die Grundsätze über die Erwerbung des Eigenthums schließen sich im wesentlichen dem gemeinen Rechte an (Allgem. Landrecht Th. I, Tit. IX flg.). Was die Verjährung betrifft[944]), so unterscheidet das Gesetz die durch Besitz und durch Nichtgebrauch (Allg. Landrecht Th. I, Tit. IX, §. 501—503). Die erstere umfaßt die römische Usucapion und die longi temporis praescriptio, die letztere außer dem non usus auch die Fälle der Extinctivverjährung, bei denen ein Besitz fehlt. Die Verjährung durch Besitz erfordert eine res habilis, bona fides und possessio, mit Titel von zehn, unter Abwesenden von zwanzig Jahren, ohne Unterscheidung der Mobilien und Immobilien, ohne Titel dreißig Jahre. Die Zeit der Verjährung durch Nichtgebrauch beträgt in der Regel dreißig Jahre. Ausnahmen bestehen, indem in manchen Fällen die Zeit vierzig, vierundvierzig und (statt der unvordenklichen Verjährung) funfzig Jahre beträgt, in anderen dagegen nur zwei und vier Jahre[945]). Ueber die Verjährung öffentlicher Abgaben ent-

---

938) Gesetzsammlung S. 352 flg. Verb. Gesetz vom 23. Januar 1846, betreffend das für Entwässerungsanlagen einzuführende Aufgebots- und Präclusionsverfahren, in der Gesetzsammlung S. 26 flg.

939) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. VIII, §. 118—189 nebst den Ergänzungen, besonders aus Local- und Provinzialrechten.

940) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. X, §. 27, 28.

941) Rescript vom 11. Juni 1852 (Ministerialblatt des Innern S. 164. Preuß. Staatsanzeiger S. 1326).

942) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XVIII, §. 86; Cabinetsordre vom 28. März 1809 (Mathis Bd. VIII, S. 26, v. Rabe Bd. X, S. 77); Gesetz vom 4. Mai 1846 (Gesetzsammlung S. 235).

943) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 193, 194. Gesetz vom 13. Mai 1833, betreffend die Schenkungen an Kirchen und geistliche Gesellschaften u. s. w. (Gesetzsammlung S. 49). Verb. Cabinetsordre vom 10. April 1836 (v. Kamptz Jahrbücher Bd. XLVII, S. 504), vom 21. Juli 1843 (Gesetzsammlung S. 322). Circular vom 25. Juni 1851 (Ministerialblatt des Innern S. 129).

944) Vgl. die oben citirten Materialien, zum Th. I, Tit. IX, Abschn. II, des Allgem. Landrechtes. Kletke, preußisches Verjährungsrecht. Ein Handbuch für jeden Staatsbürger, Berlin 1848 8.

945) S. Gesetz vom 31. März 1838 (Gesetzsammlung S. 249 flg.). Verb. Verordnung vom 15. April 1842, 6. Juli 1845 (a. a. O. 1842 S. 114, 1845 S. 483). S. Stute, die singulären Verjährungen des preußischen Landrechtes, Soest 1835 8.

scheidet das Gesetz vom 18. Juni 1840[946]). Gegen die Verjährung von Rechten auf Immobilien schützt die Eintragung im Hypothekenbuche (Allgem. Landrecht Th. I, Tit. IX, §. 511).

Das preußische Hypothekenrecht beruht auf der Hypothekenordnung vom 20. December 1783 (s. oben Anm. 85), ergänzt und verbessert durch die Cabinetsordre vom 31. October 1831[947]), 9. Mai 1839[948]) u. a., ganz besonders aber durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 und die zu dessen Ausführung erlassene Instruction vom 3. August d. J.[949]). Gesetzliche Hypotheken, die auch ohne Eintragung wirksam werden, kennt das preußische Recht nicht (Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XX, §. 411 u. 412). Im Bezirke des Appellationsgerichtes zu Cöln bestehen aber dieselben, nach dem Code civil Art. 2121, für die verheuratheten Frauen an den Gütern ihrer Männer, für Minderjährige und Interdicirte an den Gütern ihrer Vormünder, für den Staat, die Gemeinden und öffentlichen Anstalten an den Gütern der zur Rechnungsablage verpflichteten Einnehmer und Verwalter. Außerdem gelten die stillschweigenden Hypotheken des gemeinen Rechtes in den betreffenden Landestheilen (s. oben Anm. 53 flg.). Die Bestellung öffentlicher Hypotheken im Bezirke des Appellationsgerichtes zu Greifswald erfolgt aber gerichtlich, nach dem Gesetze vom 9. Mai 1852[949a]). Wo Hypothekenbücher fehlen oder nicht regulirt sind, entscheidet die Verordnung vom 16. Juni 1820[950]). Das Hypothekenwesen beruht auf dem Princip der Specialität und Publicität, sowie dem Erforderniß der Legalität. Demgemäß muß das Rechtsgeschäft, welches die Grundlage (Titel) für die Eintragung bildet, nach seinem Wesen dem Gesetze nicht zuwider sein, der Schuldner, zur Zeit der Eintragung als vollständiger Besitzer selbst eingetragen, muß in die Eintragung einwilligen, diese muß in der gesetzlichen Form erfolgen. Dem Richter liegt die sorgfältige Prüfung der Erfordernisse des Vermerkes im Hypothekenbuche ob und er haftet für Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit desselben, nicht aber für Fehler der eingetragenen Forderung selbst. Bei der Cession einer Hypothek bedarf es einer neuen Ingrossation nicht, doch kann der Cessionar aus Cautel ingrossiren lassen, da die Forderung dem zusteht, auf dessen Namen sie eingetragen ist. Steht einer sofortigen Eintragung ein Hinderniß entgegen, so ist, um Nachtheilen zu begegnen,

---

946) Gesetzsammlung S. 140.

947) Gesetzsammlung S. 251.

948) Gesetzsammlung S. 163. Verb. Gesetz vom 7. März 1845 (Gesetzsammlung S. 160).

949) Gesetzsammlung S. 521 flg. Justizministerialblatt S. 275 flg. Vgl. Evelt, das Hypotheken-, Depositen- und gerichtliche Sportuln- und Kassenwesen in Preußen, Münster 1842 8. Kurlbaum, die preußische allgemeine Hypothekenordnung u. s. w., Berlin 1853 8.

949a) Gesetzsammlung S. 259.

950) Gesetzsammlung S. 106 flg.

die Eintragung einer Protestation (pro conservando iure et loco), welche die Bedeutung einer bedingten Eintragung hat, zulässig[951]. Die Gesetzgebung von 1853 hat die Hauptgrundsätze des Hypothekenwesens nicht geändert, sondern sich darauf beschränkt, diejenigen Vereinfachungen herbeizuführen, welche die wesentlich veränderten Verhältnisse im Interesse des Publicums erfahrungsmäßig als nothwendig erscheinen ließen. Es ist eine Einschränkung der von amteswegen vorzunehmenden Eintragungen erfolgt, eine Vereinfachung bei Ausfertigung und Bildung der Hypothekendocumente, eine Vereinfachung der Hypothekenscheine, sowie des Verfahrens bei neuen Eintragungen, Cessionen und Löschungen, auch sind Controversen in der Lehre von den Protestationen aufgehoben.

Während durch das Hypothekenwesen der Realcredit befördert wird, leidet dadurch der Personalcredit. Um diesen zu erhöhen hat man die Begründung von Hypothekenbanken angeregt, welchen derselbe Gedanke zum Grunde liegt, den die Schuldscheine des Staates wie verschiedener Vereine und Communen bereits längst ausgeführt haben (Pfandbriefe, Stadtobligationen u. a.)[952].

Beim Miteigenthum („gemeinschaftliches Eigenthum") folgt das preußische Recht im ganzen dem römischen Rechte[953]. Zum getheilten Eigenthum rechnet dasselbe das Lehen, Erbzinsgut, Familienfideicommiß, Superficies[953a].

Das gemeine preußische Lehenrecht findet sich im Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XVIII, §. 13—679[954] und nach den Vorarbeiten des Ministeriums für Gesetzesrevision in dem Revidirten Entwurfe des Lehenrechtes nebst Motiven, Berlin 1838 4.[955]. Von besonderer Wichtigkeit ist daneben das Provinziallehnrecht, welches in den einzelnen Provinzen des Staates bedeutend von einander abweicht. Außer den schon bei der Uebersicht der Provinzialrechte gegebenen Nachweisungen

---

951) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XX, §. 417 flg. Hypothekenordnung Tit. II, §. 289 flg. Vgl. Schepers, über hypothekarische Protestationen, Hamm 1830 8. Ueber die Erforderniſſe der hypothekarischen Protestationen zur Erhaltung der Einreden. S. Justizministerialblatt 1847 S. 205 flg. Ditmar, die Protestationen im Hypothekenbuche nach preußischem Rechte, Berlin 1850.

952) v. Rabe, Darstellung des Wesens der Pfandbriefe in den preußischen Staaten u. s. w., Halle 1818, 2 Bde. 8. Vgl. Bülow-Cummerow, Preußen im Januar 1847 (Berlin 1847 8.) S. 52 flg. Straß, über die Idee eines städtischen Pfandbriefinstitutes für Berlin und andere Orte, Berlin 1845 8.

953) S. Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XVII. Burchardi, die Lehre vom gemeinschaftlichen Eigenthume, in der juristischen Wochenschrift 1841 S. 725 flg.

953a) S. Laspeyres, System des preuß. Privatrechtes §. 180.

954) Vgl. Terlinden, Grundsätze des heutigen gemeinen preuß. Landr., Halle 1796 8. Koch, Lehrbuch des preußischen Privatrechtes Bd. I, §. 263 flg.

955) v. Kamptz, actenmäßige Darstellung der preußischen Gesetzesrevision §. 29.

sind hier noch zu erwähnen für Preußen: Zacharias Hesse, de feudis Prussorum. Regiom. 1712, im Auszuge in v. Baczko's Annalen des Königreiches Preußen, Jahrgang 1793 H. III, S. 3 flg. und in Zepernick's Miscellaneen zum Lehenrecht Th. IV, Nr. IX. Reidenitz, de diversis praediorum rusticorum iuris origine in Borussia. Regiom. s. a. 4. und desselben Verf. brevis notitia de feudorum in Prussia orientali hodierna conditione. Regiom. 1830 4. Für Pommern: Zettwach, das pommersche Lehenrecht nach seinen Abweichungen von den Grundsätzen des allgemeinen preußischen Landrechtes, Leipzig 1832 8., verb. mit den Beiträgen zum pommerschen Lehenrecht, in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. LVI, S. 3—104. Bülow-Cummerow, die Lehensverfassung in Pommern und ihre Reform, Berlin 1848 8. Für Sachsen: Bielitz, Nachträge zum Commentar des allgemeinen Landrechtes H. I, Nr. 55, S. 152 flg. und Zachariä, sächsisches Lehenrecht. 2. Ausg. v. Weiße und v. Langenn, Leipzig 1823 8. Neumann, das niederlausitzische Lehenrecht, in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XLII, S. 199 flg.

In einzelnen Provinzen des Staates fehlt es schon längst an lehenrechtlichen Einrichtungen, in Folge der Aufhebung, in anderen Gebieten war bereits früher das Lehensobereigenthum aufgehoben und nur der agnatische Verband beibehalten, in anderen endlich bestand bis zur neuesten Zeit das Lehenwesen unverändert fort, nämlich im Ermlande, in Altvorpommern, in den Fürstenthümern Jauer und Schweidnitz nebst der Grafschaft Glatz und denjenigen Theilen von Schlesien, in welchen sich vormals fürstbischöfliche breslauische Lehen befinden, im Fürstenthum Erfurt, in den zur Provinz Sachsen gehörigen Aemtern und Ortschaften, welche von Hannover und Schwarzburg abgetreten sind, im Herzogthum Westphalen mit den Grafschaften Wittgenstein und den Aemtern Burbach und Neuenkirchen, in dem am rechten Ufer liegenden Theile des Niederrheins, mit Ausnahme der Herrschaft Wildenburg [956]).

Eine Begünstigung des Leheninstitutes lag schon längst außerhalb der Intention der Regierung, welche auf die mitunter beantragte allgemeine Allodification [957]) einzugehen nicht im Stande war, für einzelne Fälle aber die gesetzliche Aushilfe darbot [958]). Durch die Verfassungs-

---

956) M. s. überhaupt v. Duesberg, Uebersicht der Lehnverhältnisse in der preußischen Monarchie, in Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des preußischen Rechtes, Bd. I, H. II, Nr. V (im Auszuge bei Bornemann, preuß. Civilrecht Bd. IV, S. 80 flg.), v. Raumer, Nachweisungen noch bestehender Lehnverhältnisse in der preuß. Monarchie, in v. Ledebur, Archiv für die Geschichtskunde des preuß. Staates Bd X, H. IV, S. 308—356.

957) S. Landtagsabschied für die Provinz Preußen vom 9. Januar 1830 §. 8 (in v. Kamptz Annalen Bd. XIV, S. 231).

958) Vgl. Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XVIII, §. 602 flg. Cabinetsordre vom 8. August 1830 (v. Kamptz Jahrb. Bd. XXXVI, S. 296 flg.).

urkunde Art. 40 und 41 ist aber nunmehr allgemein bestimmt worden: „die Errichtung von Lehen ... ist untersagt. Die bestehenden Lehen sollen durch gesetzliche Anordnung in freies Eigenthum umgestaltet werden. Diese Bestimmungen finden auf die Thronlehen sowie auf die außerhalb des Staates belegenen Lehen zur Zeit keine Anwendung. Die Rechtsverhältnisse derselben sollen durch besondere Gesetze geordnet werden". Das Gesetz vom 5. Juni 1852, durch welches Art. 40 und 41 aufgehoben sind, hat in Betreff der Lehen diese Festsetzung nicht geändert[959]). Durch das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w. ist außerdem §. 2, Nr. 1—3 und §. 5 ausgesprochen: Ohne Entschädigung werden aufgehoben das Obereigenthum des Lehensherrn und die lediglich aus demselben entspringenden Rechte (ausgenommen das Recht auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen); desgleichen der Anspruch auf Regulirung eines Allodificationszinses für die aufgehobene Lehensherrlichkeit in denjenigen Landestheilen, welche vormals zum Königreiche Westphalen, zum Großherzogthum Berg, zu den französisch-hanseatischen Departements oder zum Lippe-Departement gehört haben[960]).

Demnach bestehen auch ferner die agnatischen Verhältnisse, und dafür kommt die lehnrechtliche Succession zur Anwendung. Das Landrecht hat die Linealsuccession anerkannt (Th. I, Tit. XVIII, §. 383 flg.), welcher aber die provinzialrechtliche Lineal-Gradualsuccession vorgeht[961]). Was das Verhältniß der Lehen- und Allodialsuccession betrifft, so ist das preußische Recht vom gemeinen (II. feud. 45) abgewichen[962]). Die Disposition über Lehen[963]) ist durch die neuere Gesetzgebung erleichtert[964]), für kurmärkische Lehen insbesondre unterm 15. Mai 1852[965]).

Das Erbzinsrecht im Sinne des Allgemeinen Landrechtes beruht auf einer Verbindung römischer Bestimmungen über die Emphyteuse, teutscher Grundsätze über Lehn mit partikularrechtlichen Instituten[966]).

---

959) Gesetzsammlung S. 319.

960) Gesetzsammlung für 1850 S. 80, 82.

961) Vgl. die Motive zum revidirten Entwurfe des Lehenrechtes S. 111 flg.

962) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XVIII, §. 266 flg. Verb. die citirten Motive S. 63, 81 flg.

963) Ueber die Dispositionsrechte des Lehenbesitzers gehen die Ansichten auseinander. M. s. Eichhorn, Rechtsgutachten, die Auslegung des Th. I, Tit. XVIII, §. 309 des Allgem. Landrechtes betreffend, Berlin 1821 Fol. Duesberg, über das Verhältniß der Lehnfolgeberechtigten zum Vasallen in Beziehung auf Verfügungen über das Lehen inter vivos, in Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des preuß. Rechtes Bd. I, H. I, S. 107 flg., vgl. Witte, das preuß. Intestaterbrecht §. 54 flg.

964) S. Gesetz vom 13. April 1841, 3. März 1850 (Gesetzsammlung für 1841 S. 79, für 1850 S. 145).

965) Gesetzsammlung S. 290.

966) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XVIII, §. 680—819. Koch, Privatrecht Bd. I, §. 309 flg. und Cit.

Es wird dem Besitzer (Erbzinsmann) das nutzbare Eigenthum eines Grundstückes oder einer Gerechtigkeit, gegen eine die Anerkennung des Obereigenthums des Erbzinsherrn ausdrückende Abgabe, verliehen. Das einfache Zinsgut unterscheidet sich vom Erbzinsgut dadurch, daß es ein volles Eigenthum in der Hand des Zinsmannes ist, welcher nur eine Abgabe zu entrichten hat[967]). Durch das Gesetz vom 2. März 1850 §. 2, Nr. 2 ist das Obereigenthum des Erbzinsherrn ohne Entschädigung aufgehoben, und Nr. 5 die Berechtigung des Zinsherrn, den ihm zustehenden Zins willkürlich zu erhöhen, nach §. 5 a. a. O. aber nicht der Anspruch auf Abgaben oder Leistungen oder vorbehaltene Nutzungen[968]). Der Erbzinsherr ist daher nur Rentengläubiger geworden. Dasselbe gilt nach den angeführten Stellen des Gesetzes vom Erbpachtsherrn, obgleich der Erbpacht nicht als ein getheiltes Eigenthum im Sinne des Landrechtes erscheint[969]). Zugleich hat die Verfassungsurkunde Art. 42 für die Zukunft bestimmt: „Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes ist nur die Uebertragung des vollen Eigenthumes zulässig; jedoch kann auch hier ein fester ablösbarer Zins vorbehalten werden".

Auch die beständigen Familienfideicommisse gehören zum getheilten Eigenthum, indem das nutzbare Eigenthum dem jedesmaligen Besitzer, das Obereigenthum aber der ganzen Familie zusteht. Die Vorschriften des Allgem. Landrechtes Th. II, Tit. IV sind durch neuere Gesetze vielfach näher bestimmt und modificirt worden[970]). Die durch Art. 40 und 41 der Verfassungsurkunde decretirte Untersagung der ferneren Stiftung und Aufhebung der vorhandenen Familienfideicommisse[971]) ist durch das Gesetz vom 5. Juni 1852 zurückgenommen[972]). Familienstiftungen, welche auch die Verfassungsurkunde aufrecht erhielt, sind Anordnungen, durch welche jemand gewisse Hebungen von Grundstücken oder Capitalien für eine Familie aussetzt oder anweist, sowie wenn jemand die Ausübung gewisser Vorrechte und Befugnisse einer Familie zueignet[973]).

Unter den dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum[974]) hat das preußische Recht manche Eigenthümlichkeiten

---

967) Koch a. a. O. §. 316.
968) Gesetzsammlung S. 80, 82.
969) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XXI, §. 187 flg. Vgl. Koch a. a. O. §. 329 flg.
970) S. ostpreuß. Provinzialrecht Zusatz 56. Edict vom 9. October 1807 §. 9 (Nov. C. C. Tom. XII. Fol. 251); Gesetz vom 15. Februar 1840 (Gesetzsammlung S. 20 flg.) u. a. Vgl. Koch a. a. O. §. 300 flg.
971) S. Denkschrift über Familienfideicommisse, im Justizministerialblatt 1850 S. 44 flg.
972) Gesetzsammlung S. 319.
973) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. IV, §. 21, 22.
974) S. Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XIX flg. Koch a. a. O. I, §. 317 flg.

beim Pfande[975]), beim Vorkauf und Näherrecht, deren Arten in den einzelnen Provinzen in verschiedenem Umfange zur Anwendung kommen[976]). Nach dem Gesetz vom 2. März 1850 §. 4, verb. §. 2, Nr. 6 bestehen jetzt noch das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien, das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthum besitzen, an deren Antheilen, der Retract der Miterben nach dem rheinischen Civilgesetzbuch. Ein gesetzliches Vorkaufsrecht findet statt wegen aller Theile von Grundstücken, welche in Folge des Expropriationsrechtes zu gemeinnützigen Zwecken hatten veräußert werden müssen[977]). Weniger Abweichungen vom gemeinen Rechte finden sich in Betreff der Nutzungs- und Gebrauchsrechte[978]). Die früheren Bann- und Zwangsrechte (Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XXIII) sind nach und nach theils aufgehoben, theils ablöslich geworden[979]). Für die Zukunft können dergleichen nicht mehr durch Verjährung erworben, durch Vertrag oder andere Rechtstitel aber nur auf zehn Jahre begründet werden. Auch die Reallasten[980]) sind theils unentgeldlich aufgehoben, theils ablösbar geworden. Es entscheidet darüber vornämlich das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, sowie das Gesetz vom 11. März 1850, betreffend die auf Mühlengrundstücken haftenden Reallasten, die Gemeinheitstheilungsordnung für die Rheinprovinz, mit Ausnahme der Kreise Duisburg und Rees, sowie für Neuvorpommern und Rügen, und das Gesetz, betreffend das Verfahren in den nach der Gemeinheitstheilungsordnung zu behandelnden Theilungen und Ablösungen in den Landestheilen des linken Rheinufers, beide vom 19. Mai 1851[981]). Die Ablösung selbst erfolgt durch Baarzahlung des achtzehnfachen Betrages des gesetzlich ermittelten reinen jährlichen Werthes der zu tilgenden Leistungen oder durch den zwanzigfachen Betrag in Rentenbriefen, unter Vermittelung der zu dem Behufe

---

975) S. L. E. W. Schmidt, Grundsätze des gemeinen u. preuß. Pfandrechtes, Breslau 1840 8.

976) So wurde in der Grafschaft Steinfurt unterm 22. u. 24. November 1783 nur der retractus gentilitius anerkannt und selbst dieser am 30. December 1800 aufgehoben. Bei öffentlichen Verkäufen und Zuschlägen schaffte im Bisthum Paderborn die Verordnung vom 5. Januar 1722 bereits den Retract ab (Landesordnungen Th. II, Nr. XXXI) u. a.

977) Verb. Gesetz vom 3. November 1838 §. 16—19, Gesetzsammlung S. 508.

978) S. Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XXI. Vgl. Grävell, die Lehre vom Nießbrauch, Miethe und Pacht nach preuß. Rechte, Halle 1820 8.

979) S. oben Anm. 320 flg., vgl. bes. die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 §. 4, 5.

980) S. Koch a. a. O. §. 351 flg.

981) Gesetzsammlung 1850 S. 77 flg., 146 flg. 1851 S. 371 flg., 383 flg.

30*

errichteten Provinzialrentenbanken[982]). Von dieser Ablösung sind aber ausgenommen die den Kirchen, Pfarreien, Küstereien und Schulen zustehenden Reallasten[983]). Auch die Grundgerechtigkeiten (Servituten)[984]) und andere nach den Grundsätzen der Gemeinheitstheilungsordnung abzulöseende Verhältnisse werden im allgemeinen von dem Gesetze vom 2. März 1850 nicht berührt[985]). Desgleichen auch nicht die Deich- und Siellast. Die Vorschriften des Allgem. Landrechtes Th. II, Tit. XV, §. 63—66 u. a. erhalten ihre nothwendige Ergänzung durch viele provinzielle Deich- und Dammordnungen[986]) sowie durch das Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848[987]), in dessen Folge die älteren Statuten theils modificirt, theils neu errichtet sind, welche durch die Gesetzsammlung publicirt werden.

Das preußische Obligationenrecht[988]) weicht in mannigfacher Weise vom gemeinen Rechte ab. Für Verträge[989]) ist in bestimmten Fällen schriftliche oder gerichtliche, wenigstens vor Notar und Zeugen erfolgende, Abschließung erforderlich[990]). Das preußische Handels-, Wechsel- und Seerecht, im Allgemeinen Landrecht Theil II, Titel VIII, ist wiederholentlich einer Revision unterworfen, aus welcher insbesondre ein Entwurf nebst Motiven zum Abschnitt 8 und 9 des Landrechtes Th. II, Tit. VIII von Wechseln, Handelsbillets und Assignationen, und zur Allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. XXVII von Wechselprocessen, Berlin 1836 4., sowie ein revidirter Entwurf, Berlin 1838 4. u. a. hervorgingen[991]). Die Ergebnisse weiterer Bemühungen[992]) war der Entwurf einer Wechselordnung für die preußischen Staaten nach den Beschlüssen der Commission des königl. Staatsrathes nebst Motiven, Berlin 1847 8., welcher bei der von Preußen durch die Denkschrift vom 31. August 1847 angeregten Be-

---

982) S. oben Anm. 610a.

983) Gesetz vom 2. März 1850 §. 65 (Gesetzsammlung S. 96). Verordnung vom 6. und 13. Juni 1853 wegen Sistirung der Verwandlungen u. s. w. (Gesetzsammlung S. 260, 324).

984) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. XXII.

985) Gesetz vom 2. März 1850 §. 7.

986) S. Ergänzungen der preuß. Rechtsbücher, zur cit. Stelle des Landrechtes Bd. VI, S. 439. Koch, Privatrecht §. 355.

987) Gesetzsammlung S. 54 flg.

988) S. C. F. Koch, das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, Berlin 1836—1844, 3 Bde. 8. Verb. desselben Privatrecht Bd. II, §. 451 flg. Besondere Berücksichtigung findet das preußische Recht auch in v. Savigny's Obligationenrecht, Berlin 1851, 1853 Th. I u. II.

989) Bornemann, von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondre noch preuß. Rechte, Berlin 1833 8., 2. Ausg.

990) Allgem. Landrecht Th. I, Tit. V, §. 109 flg., 171 flg. Allgem. Gerichtsordnung Th. II, Tit. I, nebst Ergänzungen. Verb. oben Anm. 802.

991) v. Kamptz, aktenmäßige Darstellung der preußischen Gesetzrevision §. 30, 31.

992) Gräff, Archiv des Handelsrechtes Bd. I, H. III, S. 118 flg.

rathung eines allgemeinen Wechselrechtes die erforderliche Berücksichtigung fand. Die allgemeine teutsche Wechselordnung ist für Preußen durch die Einführungsordnung vom 6. Januar 1849 zur Publication gelangt[993]). Sie gilt seit dem 1. Februar d. J., unter Aufhebung des Landrechtes Th. II, Tit. VIII, §. 713—1249, 1250—1304 und des rheinischen Handelsgesetzbuches Art. 110—189 und ist auf's Neue nach der Revision durch die Kammern bestätigt in dem Gesetze vom 15. Februar 1850[994]). Zu ihrem Verständnisse dient auch jetzt noch ein Theil der älteren preußischen Literatur, namentlich: Crelinger und Gräff, das Wechselrecht und die Lehre von den Handelsbillets nach dem preußischen Rechte, Breslau 1833 8., Daniels, Grundsätze des Wechselrechtes, mit besonderer Rücksicht auf das preuß. Landrecht und die französische Gesetzgebung, Cöln 1827 8., Borchardt, das preußische Wechselrecht, Berlin 1847 8.; doch ist sie auch bereits Gegenstand selbstständiger Bearbeitung geworden: Koch, das Wechselrecht nach den Grundsätzen der allgemeinen teutschen Wechselordnung und nach seiner Anwendung in den preuß. Ländern, Berlin 1850 8.[995]). Siebenhaar und Tauchnitz, Archiv für teutsches Wechselrecht, Leipzig 1850 flg. Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht, mit Hinblick auf die Handelsrechtspraxis in Preußen und auf die Grundsätze des königl. Obertribunales, Berlin 1852, 1853, 3 Hefte.

Das Handels- und Seerecht sieht einer ähnlichen für ganz Teutschland berechneten Codification noch entgegen. Für Preußen gelten daher noch die eigenen allgemeinen und besonderen Vorschriften[996]).

Was im Gebiete des Familienrechtes[997]) die Ehe[998]) betrifft, so folgt das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. I u. II in einzelnen Beziehungen dem römischen, in anderen dem kanonischen und teutschen Rechte. Rücksichtlich der Ehehindernisse[999]) schließt es sich dem römischen Rechte an und schützt diejenigen, welche diesen Bestimmungen

---

993) Gesetzsammlung S. 49 flg.

994) Gesetzsammlung S. 53 f.

995) Vgl. Koch, Privatrecht Bd. II, §. 616 flg.

996) S. Schuncken, das preuß. Handels- und Wechselrecht, Elberfeld 1821, 2 Bde. 8. Allgem. Handlungsrecht für die preuß. Staaten, 4. Ausgabe, Hamm 1839 8. Mirus, die Grundsätze der preußischen Handelsgesetzgebung, 2. Ausg., Berlin 1838 8. Desselben Verf. das Seerecht und die Flußschifffahrt nach preuß. Gesetzen, Leipzig 1839, 2 Bde. 8. Koch, Privatrecht Bd. I, §. 403 flg., 417 flg. und ganz vorzüglich die im Texte citirte Zeitschrift von Gelpcke.

997) L. E. W. Schmidt, das preuß. Familienrecht, mit Rücksicht auf das gemeine und teutsche Recht, dogmatisch-kritisch dargestellt, Leipzig 1843 8.

998) Gitzler, Handbuch des gemeinen und preußischen Eherechtes der Katholiken und Evangelischen, Breslau 1840 8.

999) Daniel, (Neigebauer) Vergleichung des gemeinen Kirchenrechtes mit dem preußischen allgemeinen Landrechte in Ansehung der Ehehindernisse, Berlin 1823 8.

folgen, in der bürgerlichen Sphäre. Demnach giebt es hierbei mehrfache Collisionen zwischen Staat und Kirche. Ehen, die das kanonische Recht anerkennt, das preußische Recht aber verbietet (matrimonia rata tantum) sind 1) die Ehe eines Vormundes oder eines Kindes desselben mit Pflegebefohlenen (Allg. Landrecht Th. II, Tit. I, §. 14); 2) wegen Ungleichheit des Standes (a. a. O. §. 30—33)[1000]); 3) Ehen der Militärs ohne höheren Consens (a. a. O. §. 34, 35); 4) wegen des Alters (a. a. O. §. 37, wonach das 18., resp. 14. Jahr erforderlich ist, während das kanonische Recht das 14., resp. 12. erlaubt); 5) wegen der Einwilligung der Eltern, Großeltern, des Vormundes (a. a. O. §. 45 flg.)[1001]). Auf der anderen Seite erkennt das preußische Recht Ehen an, welche das kanonische verwirft (matrimonia legitima tantum) 1) bei geschiedenen oder quoad mensam et thorum bleibend getrennten Personen; 2) bei denen, welche nach kanonischem Rechte wegen zu naher Verwandtschaft und Schwägerschaft vom Abschluß der Ehe abgehalten werden, während das preußische Recht solche nicht ausschließt; 3) bei den Civilehen. Diese sind freilich nur für einen Theil der Rheinlande überhaupt gestattet, da Art. 19 der Verfassungsurkunde: „die Einführung der Civilehe erfolgt nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes", nicht zur Ausführung gekommen ist. Im allgemeinen sind nämlich die Wirkungen der Ehe von der priesterlichen Trauung abhängig gemacht[1002]), ausgenommen bei den aus den anerkannten Kirchen ausgetretenen Personen[1003]) und den Juden[1004]). Ueber die gemischten Ehen[1005]), insbesondre die Unstatthaftigkeit der Ehen zwischen Christen und Juden[1006]) sind die entstandenen Streitfragen noch nicht definitiv erledigt. In den gesetzlich verbotenen Graden der Verwandtschaft findet eine Dispensation nicht statt (bei Verwandten in gerader Linie, Ge-

---

1000) Edict vom 8. Mai 1739 wider die allzu ungleichen und zum Theil schändlichen Heurathen derer von Adel, in Mylius, C. C. M. Contin. I. nr. XVIII. Fol. 251. v. Rabe, Sammlung Bd. I, Abth. II, S. 129. Die Verfassungsurkunde Art. 4 hat das Verbot nicht aufgehoben (Circular der evang. Abtheilung des geistl. Ministeriums vom 10. November 1849).

1001) S. Ulrich, Sommer, Archiv für preußisches Recht 1838, Bd. V, H. I, S. 65 flg. 1849 Bd. XIV, H. II, S. 193 flg. Entscheidungen des geheimen Obertribunals Bd. II, S. 372 flg. Bd. III, S. 10 flg. Rechtsfälle desselben Bd. III, S. 413 flg.

1002) Bävenroth, preußische gesetzliche Vorschriften über Aufgebot und Trauung u. s. w., Berlin 1821, 2. Ausg. 8.

1003) Verordnung vom 30. März 1847 §. 16, 17 (Gesetzsammlung S. 128).

1004) Gesetz vom 23. Juli 1847 §. 12—14 (Gesetzsammlung S. 265).

1005) S. Jacobson, über die gemischten Ehen in Teutschland und insbesondre in Preußen, Leipzig 1838 8.

1006) S. Allg. Landrecht Th. II, Tit. I, §. 36, 715, 939. Vgl. Falkson, gemischte Ehen zwischen Christen und Juden, Altona 1845 8. (verb. Berliner Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik 1846 Bd. I, Nr. 116—118).

schwistern, Stief- oder Schwiegereltern und Stief- oder Schwiegerkindern, auch wenn dies Verhältniß auf unehelicher Zeugung beruht) [1007].

Das Güterrecht der Ehegatten beruht auf einer Vereinigung des römischen Dotalprincipes und des teutschen Mundiums [1008]) und gestaltet sich provinzialrechtlich sehr verschieden [1009]). Die Grundsätze über Ehescheidung (Allgem. Landrecht Th. II, Tit. I, §. 668 flg.) schließen sich vorzüglich an das Edict vom 17. November 1782 an [1010]) und sind durch die Praxis weiter ausgebildet [1011]).

Während die übrigen Theile des Familienrechtes, die elterliche Gewalt [1012]), das Gesinderecht [1013]), die Vormundschaft [1014]) im ganzen dem teutschen Rechte folgen, findet sich im Erbrechte eine Mischung des römischen und teutschen Rechtes. Das Erbrecht ist an sehr verschiedenen Stellen im allgemeinen Landrechte behandelt, Th. I, Tit. IX, Abschn. 8 Erwerb der Erbschaft, Tit. XI, Abschn. 4 Erbschaftskauf, Tit. XII Verordnungen von Todeswegen, Tit. XVII, Abschn. 2

1007) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. I, §. 3 flg., Tit. III, §. 4 flg. Cabinetsordre vom 22. December 1843 (Gesetzsammlung 1844 S. 47), vom 17. Januar 1838 (publicirt durch Circulare vom 31. Januar 1838, in v. Kamptz Jahrb. Bd. LI, S. 140. Annalen Bd. XXII, S. 351), vom 28. September 1844 (Ministerialrescript vom 8. October 1844, im Ministerialblatt des Innern S. 223, 224).

1008) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. I, §. 205 flg., verb. die Ergänzungen, Koch, Privatrecht Bd. II, §. 750 flg.

1009) Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, mit bes. Rücksicht auf preuß. Provinzial- und allgemeine Rechte, Berlin 1830 8. Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft nach dem münster'schen Provinzialrechte u. s. w., Bonn 1831 8. Bericht des Obertribunals vom 20. März 1844 über einige Controversen in der Lehre von der Gütergemeinschaft in Paderborn, Minden, Ravensberg, im Justizministerialblatt 1844, Beilage zu Nr. 33, und in v. Kamptz Jahrb. LXIV, S. 158 flg., verb. daselbst S. 331 flg. (über Gütergemeinschaft in der Mark Brandenburg), überhaupt auch Ergänzungen zum Landrecht Th. II, Tit. I, §. 345.

1010) Nov. C. C. Tom. VII Fol. 1613.

1011) S. (v. Savigny) Darstellung der in den preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform, Berlin 1844 8. und in des Verf. vermischten Schriften Bd. V (Berlin 1850) S. 222 flg.

1012) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. II, §. 58 flg. Koch, Privatrecht Bd. II, §. 768 flg.

1013) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. V, ersetzt durch die Gesindeordnung vom 8. November 1810 (in der Gesetzsammlung S. 101 flg.). Verb. Gesindeordnung für die Rheinprovinz vom 19. August 1844, für Neuvorpommern und Rügen vom 11. April 1845 (Gesetzsammlung 1844 S. 410 flg., 1845 S. 391 flg.). S. Verordnung vom 29. September 1846 über die Einführung der Gesindebücher (a. a. O. S. 467). Vgl. Kuhn, allgemeine Gesindeordnung für die preußischen Staaten, 3. Auflage, Quedlinburg 1843 8. Koch a. a. O. §. 780 flg.

1014) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XVIII. Verb. Koch a. a. O. §. 790 flg. Billaume, das preuß. Vormundschaftsrecht und seine Reform, Breslau 1846 8. Temme, das preuß. Vormundschaftsrecht, Berlin 1847 8.

Miterben. Th. II, Tit. I, Abschn. 7 Ehegatten-Erbrecht, Abschn. 9 aus einer Ehe zur linken Hand. Tit. II, Abschn. 5 flg. Erbfolge der Verwandten u. s. w. Die Revisionsarbeiten gingen besonders mit dahin, diese zerstreuten Materien in einen engeren Zusammenhang zu bringen[1015]), doch ist denselben nicht weiterer Erfolg geworden. Aus dem Bereiche der Literatur genüge die Anführung von: Witte, Grundzüge des preußischen Erbrechtes, Breslau 1830 8. Desselben, Preußisches Intestat-Erbrecht aus dem gemeinen teutschen Rechte entwickelt, Leipzig 1838 8. Crelinger, System des preußischen Erbrechtes u. s. w., Breslau 1834 8. Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen nach dem Allgem. Landrechte, Frankfurt a. d. O. 1836 8. Gärtner, das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im Allgem. Landrecht (in Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des preußischen Rechtes Bd. II, S. 392 flg.).

Der Civilproceß[1016]).

Das in Preußen geltende gemeinrechtliche Verfahren wurde seit der Mitte des achtzehnten Jahrhundertes geändert. Das Project des Codicis Fridericiani Marchici von 1748 beseitigte die provinziellen Abweichungen und hergebrachten Weitläufigkeiten und verbot die Versendung der Acten an auswärtige Spruchcollegia. Eine vollständige Trennung des preußischen Processes vom gemeinen erfolgte aber durch das Corpus iuris Fridericianum 1781 und die Allgem. Gerichtsordnung 1793, indem an die Stelle der hergebrachten Verhandlungsmaxime die Instructions- und Untersuchungsmaxime trat[1017]), nach welcher der Richter die Wahrheit des jedem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Factums von den Parteien selbst per modum inquisitionis erforschen sollte. Um die Advocaten entbehren zu können, mußte auch die gemeinrechtliche Eventualmaxime verlassen werden. Eine consequente Durchführung des neuen Principes war indessen nicht möglich, daher die Herstellung der Advocaten (Justizcommissarien), Verzicht auf die persönliche Anwesenheit der Parteien u. s. w.[1018]) zu einer allmäligen Wiederannäherung zu dem gemeinrechtlichen Verfahren führten, welche auch bei der Revision der Gerichtsordnung vorzüglich in's Auge ge-

1015) v. Kampz, actenmäßige Darstellung der Gesetzesrevision §. 26.

1016) Vgl. oben Anm. 59 flg., insbesondre Abegg, Versuch einer Geschichte der preußischen Civilproceßgesetzgebung, Breslau 1848 8.

1017) S. Gärtner, Kritik des Untersuchungsprincipes des preußischen Civilprocesses, Berlin 1832 8. Vgl. Gans, Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgebung Bd. I, Abth. V, S. 450 flg.

1018) S. oben Anm. 804 flg. Ueber die einzelnen Abweichungen der Gerichtsordnung vom Corp. iur. Frid. s. m. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung Bd. I, S. 113 flg.

faßt wurde [1019]). Diese lehnte sich an die Verordnung, betreffend die Justizverwaltung im Großherzogthum Posen vom 9. Febr. 1817 [1020]), nach welcher für die Processe, welche auf einfachen Thatsachen beruhen, ein abgekürztes, zum Theil mündliches und öffentliches Verfahren angeordnet war [1021]). Das Ergebniß der Bemühungen sind: die Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-, summarischen- und Bagatellproceß [1022]), vom 14. December 1833 über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde [1023]), die Verordnungen vom 4. März 1834 über die Execution in Civilsachen, über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsproceß [1024]) u. a. m. Die Uebertragung des summarischen Verfahrens auf den ordentlichen Proceß erfolgte durch die Verordnung vom 21. Juli

---

1019) S. v. Kamptz, actenmäßige Darstellung §. 17 flg., §. 33. Verb. v. Daniels, Lehrbuch des preuß. Privatrechtes Bd. I, S. 75 flg.

1020) Gesetzsammlung S 37 flg.

1021) Wegen der früheren preußischen Gesetzgebung über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit in Processen (Verordnung vom 16. April 1725, Edict vom 2. Mai 1736 u. a.) s. m. Sethe's historische Skizze in Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bildung des preuß. Rechtes Bd. I, H. I, Nr. IV, S. 27 flg.

1022) Gesetzsammlung S. 37 flg. Verb. Instruction vom 24. Juli 1833, in v. Kamptz Jahrb. Bd. XLI, S. 437 flg. Cabinetsordres vom 9. und 17. October 1833, in der Gesetzsammlung S. 109, 119 flg. Vgl. Schering, der Mandats-, summarische- und Bagatellproceß u. s. w., unter Benutzung der Acten des Justizministeriums, Berlin 1843 8. und die daselbst S. 10 und 11 cit. Literatur.

1023) Gesetzsammlung S. 302 flg. Verb. Declaration vom 6. April und Instruction vom 7. April 1839 (Gesetzsammlung S. 126 flg., 133 flg.). Vgl. Crelinger, die Verordnung über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde. In ihrem Zusammenhange mit den Vorschriften der allgem. Gerichtsordnung u. s. w., Breslau 1834 8. Bielitz, Analyse und Erläuterung des preußischen Gesetzes über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerden, Leipzig 1834 8. Löwenberg, die Verordnung vom 14. December 1833 ... nebst sämmtlichen gesetzlichen und ministeriellen Abänderungen ... unter Benutzung der Acten des Justizministeriums, Berlin 1837 8. u. a. Höppe, die Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde des preuß. Processes in ihrer durch die Gesetzgebung und die Praxis des kgl. Geh. Obertribunales gegebenen Gestaltung systematisch dargestellt u. s. w., Berlin 1847 8. Die Lehre von den Rechtsmitteln im preuß. Civil- und Criminalprocesse u. s. w. von einem pract. Juristen, Berlin 1846 8. K. Schultz, die Lehre von den Rechtsmitteln gegen Erkenntnisse u. s. w., Berlin 1847 (3. Ausg.).

1024) In der Gesetzsammlung S. 31 flg., S. 39 flg. S. Crelinger, die Verordnungen über die Execution in Civilsachen u. s. w., Breslau 1834 8. Löwenberg, die Verordnungen vom 4. März 1834 ... nebst sämmtlichen gesetzlichen und ministeriellen Abänderungen ... unter Benutzung der Acten des Justizministeriums, Berlin 1836, 2 Abth. 8. K. Schultz, die preußische Executions- und Subhastationsordnung u. s. w., Berlin 1842 8. Alker, die preuß. Executions- und Subhastationsordnung u. s. w., Lissa 1846 8. Vgl. Grundsätze des Obertribunales über das Subhastationsverfahren, im Justizministerialblatt 1853 S. 101 flg., 113 flg., 127 flg.

1846[1025]). Auf Mündlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte kann nicht verzichtet werden[1026]). Die Oeffentlichkeit des Verfahrens, ausgenommen Ehescheidungssachen und wo es das Interesse der Parteien erfordert, ist durch die Cabinetsordre und Verordnung vom 7. April 1847 eingeführt[1027]).

Das neue Verfahren kommt nach der Verordnung §. 13 bei Rechtsstreitigkeiten überhaupt zur Anwendung, für welche in der Proceßordnung ein abgekürztes Verfahren angeordnet ist, namentlich für:

1) Wechselsachen (Proceßordnung Tit. XXVII, verb. Verordnung vom 6. Januar 1849 u. a. S. Anm. 993).

2) Rechtsstreitigkeiten aus Handelsbillets und kaufmännischen Assignationen binnen Jahresfrist nach dem Verfalltage (Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, §. 1256, 1285, 1297).

3) Rechtsstreitigkeiten aus einer Assecuranzpolice auf die Einzahlung der darin versprochenen Prämien binnen 30 Tagen nach der Zeichnung (Allgem. Landrecht Th. II, Tit. VIII, §. 2110).

4) Arrestsachen, die nicht mit der Hauptsache zugleich verhandelt werden (Proceßordnung Tit. XXIX, §. 63—73).

5) Eigentliche Merkantilsachen (Proceßordnung Tit. XXX, §. 9—47, verb. Gesetz vom 3. April 1847 §. 18 flg., 25 flg.).

6) Die im possessorium summariissimum zu verhandelnden Besitzstreitigkeiten und Spoliensachen (Proceßordnung Tit. XXXI und Tit. XLIV, §. 44).

7) Bausachen, wenn von einem schon wirklich angefangenen Bau die Rede ist, dessen Fortsetzung oder Cassirung von dem Ausfalle des Processes abhängt (Proceßordnung Tit. XLII, §. 34—42).

8) Miethsstreitigkeiten, bei welchen über die Einräumung oder Verlassung einer Wohnung und über die Befugniß zur Aufkündigung derselben gestritten wird (Proceßordnung Tit. XLIV, §. 61—64).

Auch kann in anderen einfachen und schleunigen Sachen, wenn das Gericht es für angemessen erachtet, die Klagbeantwortung mit der mündlichen Verhandlung verbunden werden[1028]). Eigenthümlichkeiten

---

1025) In der Gesetzsammlung S. 291 flg. Vgl. Götze, das neueste preuß. Civilproceßgesetz. Seine Stellung zur Proceßordnung von 1793 und zum gemeinen teutschen Processe, Berlin 1846 8. (2. Aufl.) Scheller, Aeußerungen über das Gesetz vom 17. Juli 1846 und die Verordnung vom 21. Juli 1846, Frankfurt a. d. O. 1846. Kirchmann, das preuß. Civilproceßgesetz vom 21. Juli 1846 nach seinem Geiste und seinen Einzelnheiten, Berlin 1847 8. u. a.

1026) Durch §. 11 der Verordnung vom 21. Juli 1846 ist §. 20 der Verordnung vom 1. Juni 1833 aufgehoben.

1027) Gesetzsammlung S. 129, 131. Vgl. Verfassungsurkunde Art. 93. Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 32 (Gesetzsammlung S. 10 u. 11), Gesetz vom 21. April 1851 Art. XI (daselbst S. 185).

1028) Ueber die verschiedenen dahin zu rechnenden Sachen s. m. die Ergänzungen und Erläuterungen zum cit. §. 13 der Verordnung vom 21. Juli 1846.

bestehen neben der Regel des summarischen Verfahrens noch ferner, gemäß §. 1 der Verordnung vom 21. Juli 1846, für den Mandatsproceß. Der Gerichtsordnung war bereits das unbedingte Mandat bei Executionen auf Unterlassungen (Tit. XXIV, §. 54), das bedingte Mandat wegen rückständiger Zinsen einer Hypothekenschuld (Tit. XXVIII, §. 15, Anhang §. 196) bekannt. Durch die Verordnung vom 1. Juni 1833 Tit. I ist die Ausdehnung erfolgt für Forderungen, welche auf einfachen Verhältnissen beruhen und durch öffentliche fehlerfreie Urkunden so unterstützt werden, daß Liquidität und Zahlungsverbindlichkeit im ganzen feststehen. Es sind solche Fälle, bei denen früher der Executivproceß zulässig war. Außerdem besteht ein besonderes Verfahren für Bagatellsachen, d. h. Processe, deren Gegenstand höchstens 50 Thlr. beträgt (Allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. XXVI. Verordnung vom 1. Juni 1833 Tit. III, vom 21. Juli 1846 §. 28 u. a.); desgleichen (nach §. 29 a. a. O.) für Ehesachen in erster und zweiter Instanz[1029]; sowie für folgende, welche in erster Instanz nach den bisherigen Gesetzen behandelt werden: vormundschaftliche Processe (Allgem. Gerichtsordnung Tit. XXXIX), Todeserklärungen (Tit. XXXVII)[1030], Blödsinnigkeits- und Wahnsinnigkeitserklärungen (Tit. XXXVIII), Confiscationsprocesse (Tit. XXXVI)[1031], Generalmoratorien (Tit. XLVII)[1032], Concurs (Tit. L)[1033], Liquidations- und Subhastationsprocesse (Tit. LI u. LII), s. Anm. 1024), Vermögensabtretung (Tit. XLVIII)[1034], Behandlung der Gläubiger (Tit. XLIX)[1035])

1029) Verordnung vom 28. Juni 1844 §. 16—51 (Gesetzsammlung S. 184 flg.).

1030) Verb. die im Titel cit. Stellen des Allgem. Landrechtes und die Ergänzungen zu beiden. Vgl. auch Gesetz vom 24. Fbr. 1851 über Todeserklärung der in See gegangenen verschollenen Personen, in der Gesetzsammlung S. 23.

1031) Verb. Gesetz vom 11. März 1850 (Gesetzsammlung S. 271). Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 §. 110.

1032) S. Grattenauer, über Generalindult und Specialmoratorium, besonders in den preuß. Staaten, Breslau 1809, 2 Bde. 8. (2. Aufl.). Grävell, Commentar zu den Creditgesetzen des preuß. Staates. Practischen Theiles Bd. I, Berlin 1813. Koch, das Recht der Forderungen Bd. I, S. 391 flg.

1033) S. Grävell, Commentar zu den Creditgesetzen Bd. II, enthaltend die Lehre vom Concurse und den Liquidationsprocessen, Berlin 1815. Koch, das Recht der Forderungen Bd. I, S. 459 flg. Desselben preuß. Privatrecht Bd. II, §. 490 flg. v. Daniels, Privatrecht Bd. IV, S. 45 flg. Schunck, die preuß. Concursordnung in ihrer neuesten Gestalt, mit bes. Berücksichtigung des Gesetzes vom 28. December 1840, Berlin 1847 8. Ueber die neueren Revisionsarbeiten s. m. v. Kamptz, actenmäßige Darstellung der Gesetzesrevision §. 33.

1034) S. Koch, Recht der Forderungen Bd. I, S. 411 flg. Desselben Privatrecht Bd. II, §. 487.

1035) S. Koch, Recht der Forderungen Bd. I, S. 423 flg. Desselben Privatrecht Bd. II, §. 488 u. 489.

u. a. Nach §. 38 der Verordnung vom 21. Juli 1846 finden die Vorschriften derselben auch nicht auf die zur Competenz der Generalcommissionen oder der ihre Stelle vertretenden Regierungsabtheilungen gehörenden Auseinandersetzungssachen eine Anwendung.

Das gemeinrechtliche Verfahren war mit dem gemeinen Rechte überhaupt für die Bezirke des Appellationsgerichtes zu Greifswald und des Justizsenates zu Ehrenbreitstein früher aufrecht erhalten. Behufs Einführung eines gleichmäßigen, auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit beruhenden Verfahrens, ist aber dort eine Verordnung vom 21. Juli 1849 ergangen, welche im ganzen die Bestimmungen der Gesetze vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846 wiederholt und die bisherigen Proceßvorschriften in jenen Districten, soweit sie der neuen Verordnung entgegenstehen, aufhebt[1036]). Durch das Gesetz vom 30. April 1851 §. 1, Nr. 3 ist die Verordnung vom 21. Juli 1849 auch auf die Fürstenthümer Hohenzollern-Hechingen und -Sigmaringen übertragen[1037]). Dagegen gilt nach wie vor für den Bezirk des Appellationsgerichtes zu Cöln das französische Verfahren, nach dem Code de procédure civile.

Ueber das Verhältniß dieser verschiedenen Verfahrungsweisen s. m. Mittermaier, der gemeine teutsche bürgerliche Proceß, in Vergleich mit dem preußischen und französischen Civilverfahren, Bonn 1820 flg., 4 Beiträge 8. Verb. Schlink, Commentar über die französische Civilproceßordnung, Coblenz 1843—1845, 4 Bde. 8. v. Daniels, System und Geschichte des französischen und rheinischen Civilproceßrechtes, Berlin 1849, Bd. I[1038]). Außer der bereits angeführten Literatur über die Verordnungen von 1833 und 1846 sind noch, insbesondre zugleich für die allgemeine Gerichtsordnung zu erwähnen: Grävell, practischer Commentar zur allgemeinen Gerichtsordnung, Erfurt 1825—1830, 6 Bde. nebst Nachtrag. (v. Ladenberg) Preußens gerichtliches Verfahren in Civil- und Criminalsachen. Ein Auszug aus den darüber bestehenden Gesetzen, Cöln 1847 8. (4. Ausg.). Fürstenthal, theoretisches und practisches Lehrbuch des preußischen Civil- und Criminalprocesses, Königsberg 1827 2 Bde. 8. v. Daniels, Handbuch der preußischen Civilrechtspflege. Mit Benutzung

---

1036) Gesetzsammlung S. 307 flg. Diese Verordnung ist von den Kammern nachträglich genehmigt worden (Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 23. Februar 1850, in der Gesetzsammlung S. 67).

1037) Gesetzsammlung S. 188.

1038) Ueber das französische und rheinische Verfahren s. m. außerdem mehrere Aufsätze von Frey, Levita, Schlink u. a. in Jagemann's Gerichtssaal. (Schlink fällt über den Code de proc. civile ein sehr ungünstiges Urtheil, im Gerichtssaal 1850 Februar S. 142). Die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren in den Rheinprovinzen. Aus authentischer Quelle. Berlin 1820 8. Starke, Darstellung der bestehenden Gerichtsverfassung u. s. w. S. 200 flg.

der Materialien ausgearbeitet, Cöln 1839, Bd. I. O. Stellter, der preußische Civilproceß nach der allgemeinen Gerichtsordnung und den Verordnungen von 1833 und 1846, Berlin 1848 8. Evelt, die Gerichtsverfassung und der Civilproceß in Preußen, Arnsberg 1853 (3. Ausg.). C. F. Koch, das preußische Civilproceßrecht Th. I. Handbuch des Civilprocesses Th. II. Proceßordnung nach ihrer heutigen Geltung. Unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen u. s. w., Berlin 1852, 2. Ausg. Scheele, systematische Darstellung der Lehre vom Beweise im preußischen Civilprocesse, Leipzig 1848 8. Dr. Reusch, Anleitung zum Instruiren, Decretiren und Referiren im Civilprocesse für angehende Juristen, Königsberg 1852 u. 1853, 2 Hefte 8. (wo anhangsweise auch das Depositalwesen berücksichtigt ist).

Die Depositalordnung vom 15. September 1783 (s. oben Anm. 89) ist durch die spätere Gesetzgebung mehrfach ergänzt und modificirt worden, vornämlich durch die Verordnung vom 18. Juli 1849, betreffend einige Abänderungen der Depositalordnung[1039]). Ihre Einführung in die hohenzollern'schen Fürstenthümer ist durch das Gesetz vom 30. April 1851 §. 1, Nr. 5[1040]) und für die Bezirke des Appellationsgerichtes zu Greifswald und des Justizsenates zu Ehrenbreitstein durch das Gesetz vom 28. Januar 1852[1041]) erfolgt[1042]).

Für die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind, gesondert von der Proceßordnung, im zweiten Theile der allgem. Gerichtsordnung die erforderlichen Bestimmungen ergangen und durch spätere Erlasse ergänzt worden[1043]).

Das Criminalrecht und der Criminalproceß[1044]).

Das Strafrecht, im Allgem. Landrechte Th. II, Tit. XX entspricht der Zeit seiner Abfassung und erschien daher schon längst nicht

---

1039) Gesetzsammlung S. 295, von den Kammern genehmigt nach der Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 21. März 1851 (Gesetzsammlung S. 36), verb. die allgemeine Verfügung vom 17. December 1849 (Justizministerialblatt 1850 S. 10 flg.

1040) Gesetzsammlung S. 189.

1041) Gesetzsammlung S. 44.

1042) Vgl. noch außer den Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher Bd. X, den oben Anm. 949 cit. Evelt. Thieck, die allgemeine Depositalordnung für die preußischen Staaten mit den erläuternden ... Gesetzen u. s. w., Leipzig 1840 8. Desselben, der kgl. preuß. Depositalbeamte, Naumburg 1842.

1043) S. Meerkatz, systematische Darstellung der Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit, nebst Formularen, Berlin 1843 8., u. d. T., systematisches Handbuch u. s. w., 2. Ausg., Berlin 1847 8. S. auch Koch, Formularbuch für instrumentirende Gerichtspersonen und Notarien, Breslau 1849, 3. Ausgabe.

1044) Vgl. Klein, Geist des Criminalwesens in den verschiedenen Zeit-

mehr geeignet, dem Bedürfnisse zu genügen, soviel auch durch einzelne Verordnungen daran geändert war[1045]). Eine vollständige Umarbeitung erfolgte seit 1827 in wiederholten Revisionen und Entwürfen, 1833, 1836, 1843, 1845, 1847, 1850[1046]). Der neueste Entwurf von 1850 wurde, gemäß der Cabinetsordre vom 10. December 1850, durch das Justizministerium den Kammern zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme am 3. Januar 1851 vorgelegt. Nach vorangegangener Erledigung der von den Commissionen beider Kammern gemachten Vorschläge, entschloß sich die zweite Kammer am 27. März und nach ihrem Beispiel die erste Kammer am 12. April 1851 das so viel geprüfte und verbesserte Gesetz en bloc anzunehmen[1047]), worauf schon am 14. April die Allerhöchste Bestätigung erfolgte. Es ergingen zwei Gesetze über die Einführung des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten, und Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten[1048]). Beide stehen in genauem Zusammenhange mit der Strafproceßordnung.

---

punkten der preuß. Regierung, im (alten) Archiv des Criminalrechtes Bd. I, H. I, Nr. VI, verb. desselben Annalen Bd. IX, S. 147 flg. Abegg, Versuch einer Geschichte der Strafgesetzgebung und des Strafrechtes der brandenburgisch-preußischen Lande, in Hitzig's Zeitschrift für die preuß. Criminalrechtspflege, Supplementband I, H. I, und im besonderem Abdrucke, Berlin 1835 8.

1045) Vgl. die Sammlung der Verordnungen und Ministerialverfügungen, welche sich auf den XX. Titel II. Theil des allgemeinen Landrechtes und auf die Criminalordnung beziehen. Redigirt im Bureau des Justizministeriums, Berlin 1816 8. und außer den anderen Hilfsmitteln, insbesondre Temme, Handbuch des preuß. Criminalrechtes, Leipzig 1837. Wentzel, das preuß. Strafrecht, Beslau 1837 8. (vgl. Richter's kritische Jahrbücher für teutsche Rechtswissenschaft 1838 S. 549 flg.). Mannkopf, preuß. Criminalrecht ... unter Benutzung der Acten ... des Justizministeriums, Berlin 1838, 1839, 2 Bde., nebst Supplement 1843. Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher, Bd. VII. Paschke, das preuß. Strafrecht nebst den dazu erschienenen noch giltigen Gesetzen und Verordnungen, Frankfurt a. d. O. u. Berlin 1849 8.

1046) Vgl. über die einzelnen Entwürfe v. Kamptz actenmäßige Darstellung §. 17, 18, 34 flg. Goldtammer, Materialien zum Strafgesetzbuch Th. I in der Einleitung. Aus der zahlreichen Literatur über diese Entwürfe sind hervorzuheben: Abegg, kritische Betrachtungen u. s. w., Neustadt a. d. O. 1844, 2 Abth. Desselben, Bemerkungen über den Entwurf (von 1847), Halle 1848. Desselben, der Entwurf des Strafgesetzbuches von 1850 kritisch betrachtet, in Vergleichung mit den Entwürfen von 1843 u. 1847, Halle 1851. Zachariä, Bemerkungen zum Entwurfe, im Archiv des Criminalrechtes 1845 Nr. X. 1846 Nr. XVI u. a. m., von v. Strampff, D. Plathner, Leue, Temme, Böcking. Vgl. Schneider's kritische Jahrbücher für teutsche Rechtswissenschaft 1844 S. 1088 flg. M. s. auch Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des revidirten Entwurfes (von 1836) Berlin 1838—1841, 5 Thle. 8.

1047) Vgl. die stenographischen Berichte. Verhandlungen der II. Kammer S. 725 flg. Verb. Anlage IX, XXIII, LXXXVI der Anlagen zu den Verhandlungen; Verhandlungen der I. Kammer S. 1001 flg.

1048) Gesetzsammlung S. 93 flg., 101 flg. Vgl. C. F. Müller, das preuß. Strafgesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze. Mit den Motiven u. s. w.

Die Criminalordnung vom 11. December 1805 (s. oben Anm. 90), obschon viel ausgezeichneter als das Strafrecht im Landrechte[1049]), erschien doch bald als mangelhaft, so daß schon 1811 die Nothwendigkeit einer Revision anerkannt und 1814 ein neuer Entwurf ausgearbeitet wurde, welcher indessen eben so wenig Erfolg hatte, als die Revision von 1829 und 1841[1050]). Inzwischen erfuhr das bisherige schriftliche, mit Ausschluß der Oeffentlichkeit gehandhabte, Verfahren[1051]) doch manche Verbesserung. Insbesondre erging unterm 20. October 1839 für das königliche Criminalgericht zu Berlin zur Beförderung und Beschleunigung des Geschäftsganges vom Justizministerium eine Dienstinstruction[1052]), welche durch die Cabinetsordre vom 31. August 1840 mit der Bestimmung genehmigt wurde[1053]), daß polizeiliche Untersuchungen wegen Vergehen, die mit leichter körperlicher Züchtigung, höchstens vierwöchentlicher Gefängnißstrafe oder 50 Thaler Geldbuße, oder mit einer willkürlichen Strafe zu ahnden sind, an eine Commission gewiesen, und daß das Erkenntniß erster Instanz auf den mündlichen Vortrag des Staatsbeamten von einer aus drei Mitgliedern bestehenden Abtheilung des Gerichtes abgefaßt werden sollte. Durch Cabinetsordre vom 24. März 1841 wurde diese Vorschrift auf alle collegialisch formirten Gerichte übertragen[1054]). Bei diesen geringfügigen Untersuchungen sollte auch nach der Cabinetsordre vom 5. August 1844 das Schlußverhör mit dem Angeschuldigten vor der versammelten Deputation des Gerichtes der ersten Instanz abgehalten werden[1055]). Der Wunsch nach öffentlich-mündlichem Verfahren und dem Schwurgerichte war indessen allgemeiner geworden und die Regierung fand sich auch bewogen, auf denselben, nur mit Ausnahme des

---

Berlin 1851, 2 Bde. 8. Goldtammer, die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preuß. Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Commentar erläutert, Berlin 1851, 1852, 2 Bde. 8. Beseler, Commentar über das Strafgesetzbuch u. s. w., Leipzig 1851 8. S. Anm. 1064.

1049) v. Kircheisen nennt es „das Palladium der Unschuld, der Ehre, der Freiheit, des Lebens und des Vermögens des Volkes" (Mathis, Monatsschrift Bd. IV, S. 236).

1050) v. Kamptz, actenmäßige Darstellung §. 17, verb. Anm. 1057.

1051) Vgl. über dasselbe die Anm. 1045 cit. Literatur. Dazu Abegg, Lehrbuch des Criminalprocesses mit bes. Berücksichtigung des preuß. Rechtes, Königsberg 1833 8. Alker, Handbuch des preuß. Criminalproceßverfahrens, Berlin 1842 8. u. a.

1052) Justizministerialblatt S. 346.

1053) S. Rescript vom 8. September 1840, im Justizministerialblatt S. 307.

1054) In der Gesetzsammlung für 1844 S. 453. S. Rescript vom 29. März 1841 (Justizministerialblatt S. 146), verb. Cabinetsordre vom 9. August 1842 (a. a. O. S. 291).

1055) Gesetzsammlung S. 453.

letzteren, einzugehen[1056]), und so erschien das Gesetz vom 17. Juli 1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen[1057]). Es schließt sich dasselbe in den wesentlichsten Punkten an das französische und rheinische Verfahren an[1058]), indem es namentlich die bisherige inquisitorische Form in die des öffentlichen Anklageprocesses durch Vermittelung der Staatsanwaltschaft verwandelt, die bisherigen Vorschriften über die Beweisaufnahme beibehält, dagegen die früheren positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise aufhebt und den Richtern die Function der Geschwornen überträgt, indem dieselben nach ihrer freien, aus dem Inbegriff der vor ihnen geführten Verhandlung geschöpften Ueberzeugung, zu entscheiden haben. Die bis dahin verhängte außerordentliche Strafe, ein Surrogat der Tortur, fällt fort, ebenso die blos vorläufige Lossprechung (von der Instanz). Der Unterschied der leichten, schweren und besonders schweren Verbrechen (Uebertretungen, Vergehen, Verbrechen) wird maßgebend für die Bildung des erkennenden Gerichtes und das Verfahren selbst u. s. w. Die noch fehlende Oeffentlichkeit kam dazu durch die Cabinetsordre und Verordnung vom 7. April 1847[1058a]).

Die Uebertragung dieses Verfahrens auf die übrigen Landestheile, in denen die Criminalordnung gilt, verhieß der König in dem Abschiede auf den ersten vereinigten Landtag vom 24. Juli 1847 II, Nr. 5. Die Ereignisse von 1848 beschleunigten zugleich die Einführung der Schwurgerichte, welche nach der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 93 für die mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen, bei allen politischen Verbrechen und bei allen Preßvergehen, welche das Gesetz nicht ausdrücklich ausnimmt, eintreten sollten. Zur Vollziehung erging die Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen[1059]) welche für den ganzen Umfang der Monarchie, mit Ausschluß des Bezirkes des Appellationsgerichtshofes zu Cöln, erlassen wurde.

1056) (v. Savigny) die Principienfragen in Beziehung auf eine neue Strafproceßordnung, Berlin 1846 8. (als Manuscript gedruckt).

1057) Gesetzsammlung S. 267 flg. Vgl. Scheller, Aeußerungen über das Gesetz vom 17. Juli 1846 u. s. w., Frankfurt a. d. O. 1846 8. Abegg, im Archiv des Criminalrechtes 1847 H. I, S. 103 flg. H. II, S. 155 flg. v. Kamptz, das Gesetz über das strafrechtliche Verfahren vom 11. Juli 1846 und der revidirte Entwurf zur Strafproceßordnung von 1841, Berlin 1847 8.

1058) v. Daniels, die französisch-rheinische Strafgerichtsverfassung, verglichen mit den Einrichtungen durch das Gesetz vom 17. Juli 1846, in der juristischen Wochenschrift für die preuß. Staaten 1847 Nr. 3 flg.

1058a) S. Anm. 1027. Verb. Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 15 (dafür Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 18) §. 180. Circular vom 19. Mai 1853.

1059) Gesetzsammlung S. 14 flg. Vgl. Abegg, Betrachtungen über die Verordnung vom 3. Januar 1849, Halle 1849. Hagens, das neue preußische

Ehe die Prüfung und Genehmigung dieser Verordnung durch die Kammern erfolgen konnte, erging das Strafgesetz vom 14. April 1851, welches die wesentlichen Grundlagen derselben bereits bestätigte; auch ließ das Justizministerium, mit Berücksichtigung der gemachten Erfahrungen, einen neuen Entwurf der Strafproceßordnung, sowie eines Gesetzes über die Bildung der Schwurgerichte für die ganze Monarchie ausarbeiten[1060]) und begutachten[1061]). Zu einer Berathung desselben kam es jedoch nicht, da die Regierung es vorzog, die Verordnung vom 3. Januar 1849 mit den erforderlichen Modificationen aufrecht zu erhalten. So erfolgte denn die Genehmigung durch die Kammern[1062]) und das Gesetz vom 3. Mai 1852, betreffend die Zusätze zur Verordnung vom 3. Januar 1849[1063]). Auch kam dazu für das Strafgesetzbuch das Gesetz vom 22. Mai 1852, betreffend einige Ergänzungen des Einführungsgesetzes[1064]).

Hierauf sind zwei neue amtliche Ausgaben der Strafproceßordnung erschienen, eine größere, welche die Criminalordnung und die Verordnung vom 3. Januar 1849 mit Ergänzungsgesetzen, eine kleinere, welche nur die Verordnung vom 3. Januar 1849 u. s. w. enthält, Berlin 1852[1065]). Vom Strafgesetzbuche erschienen ebenfalls zwei amtliche Ausgaben, in größerem und kleinerem Format, mit Sachregister, Berlin 1851[1066]).

Die neue Strafproceßordnung gilt für den ganzen Staat, ausgenommen den Bezirk des Cölner Appellationsgerichtshofes, in welchem das französische Verfahren, obschon modificirt, in Anwendung geblieben ist[1066a]). Das Strafgesetzbuch von 1851 gilt dagegen für

---

Strafverfahren mit einem Commentar zur Verordnung vom 3. Januar 1849, Berlin 1849 8. S. auch Stellter, die Verordnung vom 3. Januar 1849 und der Code d'instruction criminelle, im Justizministerialblatt S. 51 flg., 223 flg. u. a. Schriften von Schunck, Esselen, Klettke u. a. S. Anm. 1063 flg.

1060) Veröffentlicht im Justizministerialblatt 1851 S. 85 flg.

1061) Vgl. Plaßmann in Ulrich, Sommer Zeitschrift Bd. XV, S. 475 flg.

1062) Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 2. Mai 1852, in der Gesetzsammlung S. 208.

1063) Gesetzsammlung S. 209 flg. Vgl. Vollständige Materialien zur Verordnung vom 3. Januar 1849 und dem Gesetze vom 3. Mai 1852 (Motive, Commissionsberichte und Kammerverhandlungen), Berlin 1852. Hartmann, die Verordnung vom 3. Januar 1849 ... und das Gesetz vom 3. Mai 1852 ... unter Berücksichtigung der Motive u. s. w., Berlin 1852 8.

1064) Gesetzsammlung S. 250 flg.

1065) S. Bekanntmachung des Justizministeriums vom 24. Mai 1852 (Justizministerialblatt S. 198, 272). S. die Anm. 1048 citirte Literatur. Dazu Temme, Glossen zum Strafgesetzbuche, Breslau 1852 8. Desselben Lehrbuch des preuß. Strafrechtes, Berlin 1852 8.

1066) Rescript vom 23. April 1851 (Justizministerialblatt S. 170).

1066a) S. v. Daniels, Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens u. s. w., Berlin 1849 8.

die ganze Monarchie seit dem 1. Juli d. J., von welchem Zeitpunkte ab außer Wirksamkeit gesetzt sind: alle Strafbestimmungen, welche Materien betreffen, auf die das Strafgesetzbuch sich bezieht; namentlich das Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XX, das rheinische Strafgesetzbuch[1067]), die gemeinen teutschen Criminalgesetze und das im Fürstenthum Hohenzollern-Sigmaringen recipirte großherzoglich badische Strafgesetzbuch[1068]), nebst allen dieselben ergänzenden, abändernden und erläuternden Bestimmungen. Dagegen bleiben in Kraft die besonderen Strafgesetze, insoweit sie Materien betreffen, in Hinsicht deren das Strafgesetzbuch nichts bestimmt, namentlich die Gesetze über die Bestrafung der Post-, Steuer- und Zollcontraventionen[1069]), über den Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechtes[1070]), über die Bestrafung des Holzdiebstahles[1071]), über die Widersetzlichkeiten bei Forst- und Jagdvergehen und gegen Zollbeamte[1072]) u. a. m.[1072a]). Die einzelnen strafbaren Handlungen sind Verbrechen, mit einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren, Vergehen, deren Strafe sechs Wochen Gefängniß übersteigt bis zu fünf Jahren, oder Geldbuße über 50 Thaler, oder Verlust von Aemtern, des Rechtes zum Gewerbebetriebe oder Stellung unter Polizeiaufsicht, Uebertretungen, mit Freiheitsstrafe bis sechs Wochen, Geldbuße bis 50 Thaler oder mit willkürlicher Strafe bedroht. Verbrechen unterliegen der Beurtheilung der Schwurgerichtshöfe, Vergehen den Gerichtsabtheilungen, die aus drei Mitgliedern bestehen, im Cölner Appellationsgerichtsdistrict den Zuchtpolizeikammern der Landgerichte, Uebertretungen den Einzelrichtern resp. den Polizeigerichten[1073]). Die Competenz der Schwurgerichte ist in der Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 60 u. 61 umfassender als

---

1067) Literatur darüber bei Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch des Criminalrechtes, 14. Ausg., §. 5 d.

1068) Wilh. Thilo, die Strafgesetzgebung für das Großherzogthum Baden, Karlsruh 1845 8.

1069) S. Zollstrafgesetz vom 23. Januar 1838, in der Gesetzsammlung S. 78 flg.

1070) Gesetz vom 11. März 1850, in der Gesetzsammlung S. 277 flg.

1071) Gesetz vom 7. Juni 1821, in der Gesetzsammlung S. 89. Vgl. C. W. Hahn, das Holzdiebstahlgesetz, mit Commentar u. s. w., Breslau 1845 8. Klettke, das Holzdiebstahlgesetz u. s. w., Berlin 1846 8.

1072) Gesetz vom 31. März 1837 (Gesetzsammlung S. 67 f.), vom 23. Januar 1838 §. 26.

1072a) Vgl. Ergänzung des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten, Leipzig 1851—1853, 3 Bde. (Bd. 1 von Wentzel, die im ganzen Staate und in den Landestheilen, in denen das Allgem. Landrecht eingeführt ist, neben dem Strafgesetzbuche noch geltenden Strafgesetze. Bd. 2 von Dabis, für Neuvorpommern und Rügen — für den Bezirk des Justizsenates von Ehrenbreitstein. Bd. 3 von A. Salm und J. F. Schmitz, für den Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln.)

1073) Einführungsgesetz vom 14. April 1851 Art. VIII, XIII flg. Strafgesetz §. 1. S. wegen der Organisation der Behörden oben Anm. 747 flg.

nach der gegenwärtigen Gesetzgebung, dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuche, dem Gesetz vom 21. Mai 1852 wegen Abänderung der Art. 94 u. 95 der Verfassungsurkunde, dem Gesetze vom 22. Mai 1852 und vom 25. April 1853 wegen Errichtung des Staatsgerichtshofes. Politische Vergehen und Verbrechen, Preßvergehen, welche mit weniger als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind u. a. gehören nicht mehr vor dieselben. Die Schwurgerichte bestehen aus einem Vorsitzenden, vier Beisitzern, einem Gerichtsschreiber und zwölf Geschworenen, welche aus den höchstbesteuerten und anderen angesehenen Bezirkseinwohnern so gewählt werden, daß aus einer Liste von 48, die der Regierungspräsident anfertigt, 30 vom Vorsitzenden des Schwurgerichtes einberufen und für jede Sache 12 ausgeloost werden. Die Geschworenen entscheiden über die Thatfrage, sobald der Angeklagte nicht ein Geständniß abgelegt hat. Die Richter bestimmen die Anwendung des Gesetzes.

Das gegenwärtige Verfahren ist das des öffentlichen Anklageprocesses, von welchem jedoch beim Ehebruch, bei Injurien, leichten Körperverletzungen, bei der Entführung und dem Hausdiebstahl eine Ausnahme eintritt, indem in der Regel in diesen Fällen die Klage der Betheiligten erwartet wird[1074]). Wegen der Strafen bestimmt die Verfassungsurkunde Art. 8, daß solche nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht oder verhängt werden, Art. 10, daß der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögenseinziehung nicht stattfinden. Dazu treten die genaueren Bestimmungen des Strafgesetzes §. 7—30[1075]).

Ueber das Verfahren bei Uebertretungen der Polizeistrafgesetze entscheidet die Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 161 flg., mit den späteren Modificationen der Gesetze vom 3., 14., 22. Mai 1852 u. a. Es tritt hier theils ein gerichtliches, theils ein administratives Strafverfahren ein[1076]).

Das Militärstrafgesetzbuch vom 3. April 1845[1077]) ist durch das

---

1074) Strafgesetzbuch §. 140, 160, 343, 189, 209, 229. Verb. Einführungsgesetz [Art. XVI. Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 9. S. auch Erkenntniß des Obertribunals vom 27. Juni 1853, im Justizministerialblatt S. 245.

1075) Vgl. noch oben Anm. 920 wegen der Ehrenstrafen.

1076) Vgl. das zum Gesetze vom 14. Mai 1852 (Gesetzsammlung S. 245) erlassene Reglement vom 30. September 1852 (Justizministerialblatt S. 342, Ministerialblatt des Innern S. 259 flg.). Instruction für die Polizeianwalte vom 24. November 1852 (Justizministerialblatt 1853 S. 10 flg., Ministerialblatt des Innern S. 14 flg.) u. a. S. überhaupt v. der Heyde, neuestes Handbuch für die Behandlung der Uebertretungen der Polizeistrafgesetze und der polizeilichen Ermittelung der Verbrechen, Stettin 1852 8. Rothe, Zusammenstellung der außer dem dritten Theile des Strafgesetzbuches (§. 332 flg.) noch giltigen Strafbestimmungen, mit bes. Berücksichtigung ergangener polizeilicher Verordnungen, Berlin 1852 8.

1077) Gesetzsammlung S. 287 flg. Verb. Verordnung vom 21. October

allgemeine Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, durch das Gesetz vom 15. April 1852[1078]) u. a. m. modificirt worden.

Der in den Anmerkungen 1044 flg. angeführten Literatur ist noch hinzuzufügen: Goldtammer, Archiv für preußisches Criminalrecht, Berlin 1853, 4 Hefte 8. Ergänzung des Strafgesetzbuches oder Sammlung und Nachweisung der neben dem Strafgesetzbuche vom 14. April 1851 geltenden und in Beziehung zu demselben stehenden strafrechtlichen Gesetze und Verordnungen. Mit chronologischen und alphabetischen Registern, herausgegeben von einem practischen Juristen, Berlin 1852 8. (vgl. Anm. 1072a).

Das Verhältniß Preußens zu Teutschland und zum Auslande[1079]).

Die Bestrebungen der preußischen Regenten seit Friedrich II., die teutsche Einheit zu erhalten, die gestörte Einheit wieder herzustellen[1080]) fanden nicht vollkommen die erwünschte Befriedigung. Bei den Verhandlungen im Jahre 1814 erklärte Friedrich Wilhelm III.: „Er sehe es für Regentenpflicht gegen seine Unterthanen an, diese wieder in eine Verbindung zu bringen, wodurch sie mit Teutschland Eine Nation bildeten und der Vortheile genössen, welche daraus für die Mitglieder derselben erwachsen müßten"[1081]). Nähere Interessen nöthigten aber, die Provinzen Preußen und Posen nicht in den teutschen Bund aufnehmen zu lassen[1082]). Nur vorübergehend bestanden 1848 bis 1851 die Verbindung von Ost- und Westpreußen und eines durch eine Demarcationslinie bestimmten Theiles von Posen mit dem teutschen Reiche. Die aus dem Bunde entspringenden Vortheile fallen übrigens dem-

---

1841 über die Disciplinarbestrafung, vom 20. Juli 1843 über die Ehrengerichte u. s. w. (Gesetzsammlung 1841 S. 325. 1843 S. 300 flg.) u. a. S. oben Anm. 756 flg. Verb. Fleck, Commentar über das Strafgesetzbuch für das preuß. Heer, Berlin 1852 8.

1078) Gesetzsammlung S. 115 flg. Verb. Allerhöchste Verordnung vom 18. Mai 1852 (durch Circulare vom 13. Juni 1852 mitgetheilt im Justizministerialblatt S. 218.)

1079) Vgl. die Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher zu Th. II, Tit. XIII und Tit. XVII, Abschn. I u. II des allgemeinen Landrechtes, Simon, preuß. Staatsrecht Bd. II, S. 1 flg., 469 flg., 573 flg. v. Rohrscheidt, Preußens Staatsverträge, Berlin 1852 8.

1080) S. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Th. IV, §. 602. Adolph Schmidt, Geschichte der preuß.-teutschen Unionsbestrebungen, Berlin 1850, 2 Abth. 8. v. Radowitz, Teutschland und Friedrich Wilhelm IV. Hamburg 1848 8. (auch in seinen gesammelten Schriften).

1081) Erklärung vom 20. November 1814 (Klüber, Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses S. 246).

1082) Preußische Erklärung in der 22. Sitzung der Bundesversammlung vom 4. Mai 1818 §. 105 (Protocolle der teutschen Bundesversammlung Bd. V, S. 215, 216, auch bei Klüber, Quellensammlung zum Recht des teutschen Bundes, S. 271, 272). Verb. Bundesacte Art. I.

ungeachtet den beiden Provinzen zu, da die Regierung alle Landesgebiete nach gleichen Grundsätzen behandelt. Die Bundesgesetzgebung wird bei der Uebertragung auf den Staat in der Regel auch sofort Preußen und Posen zugewendet [1083]). Die Rücksicht auf die Reichsverbindung, obschon damals in der Gestalt der Union, ist auch in der Verfassungsurkunde Art. 118 genommen, indem dieselbe bestimmt: „Sollten durch die für den teutschen Bundesstaat auf Grund des Entwurfes vom 26. Mai 1849 festzustellende Verfassung Abänderungen der gegenwärtigen Verfassung nöthig werden, so wird der König dieselben anordnen und diese Anordnungen den Kammern bei ihrer nächsten Versammlung mittheilen. — Die Kammern werden dann Beschluß darüber fassen, ob die vorläufig angeordneten Abänderungen mit der Verfassung des teutschen Bundesstaates in Uebereinstimmung stehen". Die Rückkehr Preußens zum teutschen Bunde im Mai 1851 und die von diesem unterm 23. August 1851 declarirte Aufhebung der sogenannten Grundrechte vom 28. December 1848 hat die preußische Gesetzgebung und Verfassung nicht weiter berührt, da die Grundrechte nicht als Gesetz eingeführt waren.

Preußen hat im engeren Rathe des Bundes die zweite Stimme, und für Hohenzollern Antheil an der sechszehnten, im Plenum sechs Stimmen, die ihm ursprünglich gebührenden vier, und je eine für Hohenzollern-Hechingen und für Hohenzollern-Sigmaringen. Nach der Bundesmatrikel vom 14. April 1842 steht Preußen im Bunde mit einer Seelenzahl von 7,948,439, und für die hohenzollern'schen Lande mit resp. 14,500 und 35,560, also insgesammt mit 7,998,499, wovon es zu den zehn Armeecorps des Bundesheeres das vierte, fünfte und sechste mit 79,484 Mann stellt, und für Hohenzollern resp. 145 und 356 Mann, welche nebst den lichtenstein'schen Scharfschützen ein Bataillon der Reservedivision bilden. Es hat Antheil an der Besatzung der Bundesfestung Luxemburg und Mainz. Der Matricularbeitrag zu den Bedürfnissen des Bundes beträgt zu 30,000 Fl. 7,905 Fl. 7 Kr.

Die Bestimmungen des Art. 18 der Bundesacte, durch welchen den Unterthanen der teutschen Bundesstaaten, Erwerb und Besitz des Grundeigenthums, ohne höhere Belastung im fremden Staate zugesichert ist, sowie die Befugniß des freien Wegziehens aus einem Bundesstaate in den anderen, des Eintrittes in Civil- und Militärdienste, die Freiheit von der Nachsteuer u. s. w., sind in Preußen, im ganzen auch

---

1083) Bald mit, bald ohne Bezugnahme auf die Entschließung des Bundes erfolgt durch die Gesetzsammlung die Publication der Beschlüsse. Die Bundesacte vom 8. Juni 1815 selbst findet sich in der Gesetzsammlung 1818 Anhang S. 143 flg., die Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820, daselbst 1820 S. 113 f. Dieselben mit den in Preußen recipirten allgemeineren Schlüssen finden sich auch in den Ergänzungen der preuß. Rechtsbücher a. a. O., bei v. Rohrscheidt a. a. O. S. 86 flg.

mit der Ausdehnung auf die Provinz Preußen und Posen zur Anwendung gelangt. Das Abfahrts= und Abschoßrecht wird in Preußen überhaupt nach der Cabinetsordre vom 11. April 1822 nur gegen die Staaten angewendet, in denen es selbst üblich ist[1084]). Es besteht noch in den Provinzen Preußen und Posen gegen Bremen und von Seiten der Privatberechtigten gegen Baden, im ganzen aber gegen die italienischen Staaten Massa, Carrara und San Marino[1085]). Abgesehen von der Retorsion überhaupt[1086]) können Verhältnisse oder Mißstände eintreten, welche die gegenseitigen Beziehungen erschweren und deshalb durch Verträge gehoben werden müssen. Auch können besondere Vortheile für die sich vereinbarenden Staaten erzielt werden. Diese Rücksichten sind von Seiten Preußens stets in ebenso liberaler als umfassender Weise gegenüber den Staaten des teutschen Bundes, wie den nicht teutschen Staaten zur Vollziehung gebracht. Den Beweis dafür liefern die mannigfachen Conventionen zur Handhabung der Justiz, der Polizei, zur Beförderung des Handels, des allgemeinen Verkehrs, des Militärwesens u. s. w. Eine Aufzählung von Einzelnheiten würde hier viel zu weit führen und es genügt deshalb eine Hinweisung auf die in der Anm. 1079 angeführten Schriften, welche zugleich mit gewisser Vollständigkeit auf andere Hilfsmittel aufmerksam machen. Schließlich gedenken wir noch des Fürstenthums

Neuenburg=Valendis[1087]).

Die Kenntniß der Rechtsverhältnisse desselben im Jahre 1848 ist für die Zukunft nöthig: denn die am 3. März d. J. vom preußischen Gesandten gegen die eingetretenen Neuerungen eingelegte Verwahrung, das Patent vom 13. Juli 1850 von Seiten des preußischen Gouvernements, durch welches Veräußerungen von Gütern für null und nichtig erklärt werden, wenn sie Gegenstände betreffen, die zum fürstlichen Staatsgute gehören, oder wenn Kirchengüter, die nicht ohne Dazwischenkunft der rechtmäßigen Obrigkeit veräußert werden dürfen u. a. m. werden ein Zurückgehen auf die früheren Zustände nothwendig machen, sobald den Zeitpunkt der Wiedervereinigung eintreten zu lassen die preußische Regierung für geeignet halten wird.

1084) Gesetzsammlung S. 181.

1085) S. die einzelnen Verträge u. s. w. in den Ergänzungen zum Landrechte Th. II, Tit. XVII, Abschn. II. Simon, Staatsrecht Bd. II, S. 597 flg.

1086) S. Einleitung zum Landrecht §. 43—45. Anhang zur allgemeinen Gerichtsordnung §. 34, dazu die Ergänzungen. Simon, Staatsrecht, Einleitung S. LXXIII. Koch, Privatrecht Bd. I, §. 38.

1087) Außer der oben Anm. 32, 279 flg. cit. Literatur vgl. Zellweger, Geschichte der diplomatischen Verhältnisse der Schweiz mit Frankreich (1698—1784) St. Gallen und Bern 1848. Hottinger, Neuenburg in seinen Geschichts= und Rechtsverhältnissen zur Schweiz und zu Preußen, im 9. Bande des Archives der allgemeinen geschichtsforschenden Gesellschaft der Schweiz 1853.

Neuenburg und Valendis bildet nach der königlichen Declaration und Vollmacht vom 18. Juni 1814 und von 1831 einen eigenen Staat, unter der Direction des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten, aber zugleich vermöge der Beitrittserklärungen vom 7. April und 19. Mai 1815 den 22. Canton der Eidgenossenschaft[1088]). An der Spitze der Landesverwaltung befindet sich ein Gouverneur und ein Staatsrath; die Verwaltung selbst zerfällt in vier Departements, des Innern, der Finanzen, Justiz und Polizei, des Krieges. Die Gesetzgebung geht von einer Repräsentation des Volkes aus, die Rechtspflege erfolgt durch richterliche Beamte, welche aus Einwohnern des Fürstenthums gewählt werden. Die legislative und oberste judizielle Autorität besaßen früher die allgemeinen Audienzen (plaits de mai und grands jours). Die erstere ging später auf eine Abtheilung derselben, Stände (états) über, bestehend aus zwölf Mitgliedern. In deren Stelle trat 1814 ein Rath, unter dem Namen: audiences générales, zusammengesetzt aus zehn älteren Mitgliedern des Staatsrathes, 14 Notabeln, welche nicht Staatsräthe waren, und 4 Geistlichen, sämmtlich vom Könige ernannt; dann aus den Vorständen der Gerichtsbezirke, bis zu 24 und 30 aus den einzelnen Districten ernannten Mitgliedern[1089]). Im Jahre 1831 wurde für den Zweck der Gesetzgebung der gesetzgebende Körper eingeführt (corps legislativ), der zugleich eine Volksrepräsentation bildet. Er besteht aus zehn vom Könige auf je sechs Jahre ernannten Deputirten, welche vom Volke gewählt werden. Die Sitzungen des gesetzgebenden Körpers sind öffentlich; die von ihm proponirten Gesetze werden durch den Staatsrath und das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten dem Könige zur Bestätigung vorgelegt und durch den Staatsrath publicirt. Die höchste richterliche Gewalt ging von den alten Audienzen 1618 auf die Stände über. Das „Tribunal der drei Stände" blieb in deren Besitz bis 1833, worauf „das höchste Tribunal" (tribunal souverain) an dessen Stelle getreten ist. Zur Entscheidung dienen vorzugsweise Gewohnheitsrechte und die Praxis der Gerichte, besonders des von Neuenburg[1090]). Für Criminalrecht und Proceß sind aus der neueren Zeit bemerkenswerth die Cabinetsordre vom 17. Mai 1815 wegen Abschaffung der Tortur, vom 27. Septbr. 1817 wegen der Bestätigung der Criminalurtheile in gröberen Fällen durch den König, das Gesetz vom 16. August 1835 wegen Verbesserung des Criminalverfahrens. Es giebt darnach zwei Arten von Untersuchungen, öffentliche für geringere, geheime für gröbere Verbrechen.

1088) Snell, Staatsrecht der Schweiz Bd. I, S. 17 flg.

1089) Die von diesen legislativen Organen ausgegangenen Gesetze sind zusammengestellt von Matil, de travaux législativs des Plaits de Mai, états et audiences, à Neuchâtel 1837.

1090) S. noch überhaupt Mittermaier und Zachariä, Zeitschrift für Recht des Auslandes Bd. VIII, S. 313 flg., XI, S. 95 flg. u. a.

Bei jenen erfolgt die Vernehmung von Zeugen bei offenen Thüren. Jede Untersuchung wird eingeleitet, sobald sich ein Gerichtshof von wenigstens fünf Gliedern für deren Zulässigkeit ausgesprochen hat. Nach beendeter Generaluntersuchung geht die Sache an den Staatsrath, welcher dann je nach der Größe des Verbrechens die Fortsetzung des Processes von dem bürgerlichen, dem peinlichen Gericht oder dem Consistorium veranlaßt. Abwesende werden nicht verurtheilt. Die Fällung des Urtheiles ist in der Regel eine öffentliche und an dieselbe schließt sich, mit Ausnahme der schweren Fälle, für die es der königl. Bestätigung bedarf, sogleich die Publication. Ueber die Bestrafung der an die Civilgerichte gewiesenen Fälle entscheidet das Gesetz vom 26. Juli 1837. Das Verfahren in Civilprocessen schließt sich im wesentlichen dem des gemeinen Rechtes an.

Der Canton ist überwiegend reformirt. Die Katholischen (etwa 5,000 Seelen unter der Gesammtzahl von 70,000 Bewohnern) stehen unter den Bischöfen von Genf und Lausanne. Die Evangelischen, bis 1848 unter Leitung der Classe (compagnie des pasteurs), jede Gemeinde unter ihrem Presbyterium (consistoire), erhielten seitdem eine aus Geistlichen und Laien gebildete Synode[1091]). H. F. Jacobson.

Priester, Pfarrer*) ist ein Geistlicher, der in einem ihm zugewiesenen Sprengel (P a r o c h i e) bestimmte mit seinem Amte verbundene kirchliche Functionen vollzieht.

Dieser allgemeine Begriff erleidet durch die abweichende Verfassung der römisch-katholischen und der evangelischen Kirche gewisse Modificationen, welche, zugleich mit Berücksichtigung der Pfarrgehilfen, gesondert darzustellen sind.

Das Christenthum ward ursprünglich in den größeren Städten des römischen Reiches eingeführt, wo die Bewohner (πάροικοι) eine Gemeine (παροικία) bildeten[1]), unter der Leitung eines Bischofs. Bei der weiteren Verbreitung des Evangeliums in kleineren Städten und auf dem platten Lande wurden von der bischöflichen Hauptkirche aus eigene Geistliche, meistens Presbyter, abgeordnet, um dauernd den Gottesdienst in diesen kleineren Gemeinen zu verwalten. Im Occident

---

1091) Vgl. Henriod, l'église reformée de Neufchâtel, à Neufchâtel 1848 8. S. Berliner allgemeine Kirchenzeitung 1848 Nr. 86, 1849 Nr. 7.

*) Quellen. Tit. de officio vicarii X. I. 28. Clem. I. 7. — de clerico aegrotante vel debilitato X. III. 6. in VI°. III. 5. — de parochiis et alienis parochianis. X. III. 29 und außerdem besonders die Titel, welche sich auf die verschiedenen religiösen Handlungen beziehen. Literatur: August. Barbosa, de officio et potestate parochi. ed. nov. Colon. 1712 8. Jos. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe und Pfarrer, dann deren beiderseitigen Gehilfen und Stellvertreter, 2. Theil, Prag 1832 8. E. Seitz, Recht des Pfarramtes der katholischen Kirche, Regensburg 1840 f., 2 Thle. 8. J. Bapt. Schefold, die Parochialrechte, Stuttgart und Sigmaringen 1846, 2 Thle. 8. J. H. Boehmer, ius parochiale, Halae ed. VI. 1760 4.

1) S. über den Ausdruck den Art. Bisthum Bd. II, S. 232.

wurde der Ausdruck parochia auf diese kleineren Sprengel übertragen, welche in gewissem Umfange dem nunmehr dioecesis genannten Sprengel der bischöflichen Kirche untergeben waren. Die Befugnisse der Vorsteher der nicht-bischöflichen Kirchen blieben übrigens beschränkt und die ihnen nach und nach eingeräumten wichtigeren Rechte wurden lange nur im Auftrage des Bischofs geübt. Seit dem fünften Jahrhundert entstanden, außer den von der bischöflichen Kirche fundirten Pfarreien, noch eigene Privatoratorien (Capellen) in Klöstern, Höfen einzelner Herren oder Ortschaften, in welchen zunächst aber nur die Messe gelesen werden durfte, während die Verwaltung der Taufe und anderer Sacramente in den bisherigen Pfarrkirchen des Districtes erfolgen mußte, welche daher ecclesiae baptismales genannt wurden. Indessen erhielten auch viele Oratorien allmälig ordentliche Parochialrechte[2]).

Der Ursprung und die spätere Entwickelung der Pfarrer ist von jeher verschieden gedeutet worden, um die Stellung derselben gegenüber den Bischöfen in's Klare zu setzen. In der gallikanischen Kirche ist häufig, abweichend von der gewöhnlichen Auffassung der römisch-katholischen Kirche, die Selbstständigkeit des Pfarramtes aus der Nachfolge in das Recht der siebenzig Jünger behauptet worden; diese Ansicht hat aber nie allgemeinere Anerkennung gefunden, vielmehr ist das Recht des Pfarramtes in der katholischen Kirche in der Theorie und Praxis immer als ein Ausfluß der bischöflichen Macht betrachtet worden[3]). Daher erklären die Kanonisten fast ohne Ausnahme den Pfarrer für eine persona ecclesiastica, welche vom Bischofe mit der Seelsorge in einer Gemeine betraut ist. Der Pfarrer ist Priester (presbyter) einer Gemeine (parochia, plebs) und heißt daher presbyter parochianus oder parochialis[4]), plebanus (Leutpriester)[5]), der Hirt der Gemeine pastor, der Lenker derselben rector (ecclesiae)[6]), als Seelsorger curatus[7]), und da er auch am Kirchenregimente Theil hat, ad regimen parochiae assumtus[8]).

---

2) Ueber den historischen Verlauf dieser Verhältnisse s. m. Thomassin, vetus ac nova eccl. disciplina P. I. lib. II. cap. 21 sq. Muratori, diss. de paroeciis in den Antiquitates Ital. Tom. VI. p. 362 sq. S. auch den Art. Capellen Bd. II, S. 565 f.

3) Vgl. Devoti, instit. iuris can. lib. I. tit. III. sect. X. Schefold a. a. O. Bd. I, S. 38 f., 117 f. Eine ausdrückliche Verwerfung der gallicanischen Ansicht ist durch Pius VI. in der Bulle: Auctorem fidei vom 28. August 1794 erfolgt.

4) C. 4. 5. Can. IX. qu. II. — C. 3. dist. XCIV. C. 30. X. de praebendis (III. 5).

5) C. 3. X. de officio iudicis ord. (I. 31). C. 3. X. de his, quae vi metusve causa fiunt (I. 40). Die Uebersetzung „Leutpriester", wie plebanus, wird oft auf den Archipresbyter bezogen, wegen der ecclesia baptismalis s. den Art. im Bd. I, S. 431.

6) C. 38. X. de electione (I. 6). C. 3. de clerico aegrotante (III, 6).

7) Clem. 2. de sepulturis (II. 7).

8) C. 5. X. de aetate (I. 14). C. 14. de electione in VI. (I. 6). Verb. c. 22. 34. 35 eod.

Die rechtliche Stellung des Pfarres im ganzen, welche man ius parochiale nennt, hat eine zwiefache Beziehung, insofern derselbe theils iura ordinis, theils iura iurisdictionis wahrzunehmen hat. Die einzelnen Functionen sind hiernach die verschiedenen heiligen Handlungen, welche dem Presbyter überhaupt zustehen und nicht als Pontificalien oder sonst dem Bischofe reservirt sind, also namentlich die Vollziehung der Sacramente[9]) und der ritus sacramentales. Da auch das Sacrament der Beichte und Buße dazu gehört und der Pfarrer wegen des Rechtes zu binden und zu lösen eine förmliche Jurisdiction ausübt, ein forum poenitentiale bildet, so bedarf er dazu der besonderen Approbation[10]). Durch die Ordination erhält er nämlich nur die allgemeine Gewalt der Sündenvergebung; diese wird ergänzt durch die Jurisdiction in der Anwendung auf die dem Priester Subjicirten, jedoch mit Ausnahme der bischöflichen Reservatfälle, insofern nicht die Besorgniß der Todesgefahr (articulus mortis) und der Mangel eines approbirten Beichtvaters auch jeden einfachen Priester fähig macht, die Jurisdiction zu üben. — Indem hier innere und äußere Jurisdiction zusammen treffen, sind auch andere Functionen der kirchlichen Verwaltung dem Pfarrer zugefallen, wie die Vermögensverwaltung der Kirche und daher auch der vorzügliche Einfluß bei der Armenpflege, alles unter Aufsicht des Bischofs[11]). Insbesondre liegt dem Pfarrer auch der Unterricht der Gemeine ob, sowohl der Jugend durch Katechese[12]), als der Erwachsenen durch Predigten[13]).

Im ius parochiale des Pfarrers spricht sich das Rechtsverhältniß aus, in welchem derselbe in einem bestimmten Districte die kirchlichen Functionen vollzieht, gegenüber den Pfarrgenossen und anderen Geistlichen. Der Pfarrer ist nämlich allein befugt, das Amt in der Parochie

---

9) Mit Ausnahme der Firmung und Ordination. S. den Art. Sacramente.

10) Conc. Trid. sess. XIV. cap. 7. doctr. de sacram. poenit.: Quoniam natura et ratio iudicii illud exposcit, ut sententia in subditos duntaxat feratur; persuasum semper in Ecclesia Dei fuit, et verissimum esse Synodus haec confirmat, nullius momenti absolutionem eam esse debere, quam sacerdos in eum profert, in quem ordinariam aut subdelegatam non habet iurisdictionem. Verb. can. 11. de poenit. sacr. S. Boner, über Jurisdiction und Approbation des Beichtvaters, in der Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie, H. IX (Cöln 1834) S. 115 f., H. X, S. 88 flg. Nach früherem Rechte hatte der Priester ein selbstständiges Recht der Excommunication (c. 3. X. de officio iud. ord. (I. 31). Alexander III.).

11) Con. Trid. sess. XVIII. cap. 1. de reform. sess. XXII. cap. 9. de reform.

12) Con. Trid. sess. XXIV. cap. 4. de ref. Joh. Bapt. Hirscher, Katechetik oder der Beruf des Seelsorgers, die ihm anvertraute Jugend im Christenthum zu unterrichten und zu erziehen, nach seinem ganzen Umfange, Tübingen 1831 8.

13) Con. Trid. sess. V. cap. 2. de ref. Maxim. Herz, der Geistliche als Lehrer der Gemeinde, Stuttgart und Tübingen 1831 8. Schefold a. a. O. Th. II, S. 12 flg.

(dem Kirchspiel) für alle seine Pfarrkinder (parochiani) zu verwalten und die Gebühr dafür zu erlangen. Daraus folgt

1) der Pfarrer kann jeden Dritten hindern, in seinem Sprengel eine kirchliche Handlung zu vollziehen. Das ältere Recht bestimmte bereits, daß kein fremder Geistlicher irgendwo zu kirchlichen Functionen zugelassen würde, wenn er sich nicht durch ein Schreiben seines Bischofs legitimiren könne (durch literae commendatitiae)[14]. Dieser Grundsatz, sowie das Erforderniß der Einwilligung des Pfarrers gilt auch jetzt noch[15]. Zu Gunsten einzelner geistlicher Orden wurden aber im dreizehnten Jahrhundert Ausnahmen eingeführt, und die Einwilligung des Pfarrers konnte nicht versagt werden, wenn nur demselben seine iura stolae nicht entzogen wurden[16].

2) Jedes Pfarrkind ist verpflichtet, alle kirchlichen Acte bei seinem Pfarrer vollziehen zu lassen. Dies ward anfangs so streng genommen, daß fremde Parochianen in eine andere Kirche nicht einmal zum Anhören der Messe zugelassen wurden, wenn sie sich nicht auf der Reise befanden[17], später aber geändert[18], indem den Pfarrkindern frei gegeben ist, überhaupt auch in anderen als der eigenen Kirche dem Gottesdienste beizuwohnen und das Sacrament der Beichte und des Altars sich daselbst spenden[19], auch jede andere pflichtige Handlung, gegen Entrichtung der Gebühren an den competenten Pfarrer, von einem anderen vollziehen zu lassen.

3) Im allgemeinen ist jeder innerhalb des Pfarrsprengels wohnende Christ dem Pfarrer subjicirt[20]. Da hier der Begriff des Domicils[21])

---

14) C. 6. dist. LXXI. (Conc. Carthagin. I. a. 348) c. 7. eod. (Conc. Chalcedon. a. 451). S. überhaupt Tit. X, de clericis peregrinis (I. 22).

15) Nullus clericus peregrinus sine commendatitiis sui ordinarii literis ab ullo Episcopo ad divina celebranda et sacramenta administranda admittatur. Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 16. de reform. Verb. sess. XXIV. cap. 4. de ref.

16) C. 12. X. de poenitentiis (V. 38). (Concil. Lateran. IV. a. 1215). C. 2. Extrav. Comm. de sepulturis (III. 7). (Bonifac. VIII.) Clem. 1. pr. de privilegiis (V. 7). (Clemens V. in Conc. Vienn. a. 1311). C. 2. Extr. comm. de treuga et pace (I. 9). (Sixtus IV. a. 1478). Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 4. de reform.

17) Conc. Nannetense c. a. 895 (c. 4. C. IX. qu. II. und c. 2. X. de parochiis (III. 29). C. 5. eod.

18) Noch im achtzehnten Jahrhundert ward übrigens in Cöln darüber gestritten. M. s. J. B. van der Velden, defensionis vindiciarum gementis Columbae parochialis refutatio, qua clarius et amplius vindicatur Christi fidelium libertas audiendi verbum Dei extra ecclesiam suam parochialem, Coloniae typis Casp. Drimborn 1735 8.

19) Die Ausnahme der Osterbeichte (c. 12. X. de poenitentiis (V. 38) ist jetzt ebenfalls nicht mehr festgehalten. S. Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. XI. cap. 14.

20) C. 5. X. de parochiis (III. 29). (Coelestin III. a. 1199). C. 3. de sepulturis in VI (III. 12). (Bonifac. VIII.)

21) S. Helfert, über den Einfluß des Domicils, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes Bd. V, S. 11 f.

entscheidet, so kann jemand wegen eines mehrfachen Wohnortes gleichzeitig mehreren Pfarreien angehören [22]). Auch kommt das domicilium vel quasi in Betracht, insofern jemand durch bestimmte Rechtsverhältnisse einen längeren Aufenthalt nimmt und dadurch den Pfarrer zur Vollziehung kirchlicher Acte zu einem competenten macht oder ihm selbst den Anspruch auf iura stolae zuweist [23]). Der Begriff des Parochianus erleidet indessen eine nothwendige Beschränkung durch die Confession: denn nur Römisch-Katholische können der Natur der Sache nach eigentlich dem ius parochiale des katholischen Geistlichen unterliegen. Es giebt aber davon mannigfache Ausnahmen, welche durch die Bildung der evangelischen Kirche veranlaßt worden sind. Als nämlich die Protestanten sich von der römischen Kirche trennten, gelang es nicht überall sogleich eigene Parochien zu begründen und sich von dem bisherigen Verbande in allen Beziehungen zu befreien. Die Nothwendigkeit brachte es mit sich, daß einzelne geistliche Acte, wie namentlich Taufen, Proclamationen und Copulationen noch beim früheren parochus nachgesucht werden mußten, schon aus bürgerlichen und politischen Gründen, um die für verschiedene Rechtsverhältnisse erforderlichen Pfarrzeugnisse zu erhalten. Dazu kam auch das Begräbniß auf dem Kirchhofe der Pfarrgemeine. Für die dadurch übernommenen Leistungen gebührt dem Pfarrer natürlich die Entrichtung der iura stolae. Die Gesetzgebungen haben darüber die erforderlichen Anordnungen getroffen [24]). Es scheint aber dem Rechte gemäß, daß überall, wo eine nicht römisch-katholische Gemeine ihren eigenen Pfarrer hat, sie von der Pflicht, solche religiöse Acte beim katholischen parochus verrichten zu lassen, frei sei, daß also auch, wo eine solche Pflicht früher bestand, sie mit der Errichtung einer eigenen Parochie ein Ende nehme [25]). Indessen haben sich oft bis jetzt im Widerspruche damit solche Parochiallasten erhalten [26]). Unter diesen Gesichtspunkt fallen aber nicht Abgaben an den Geist-

---

22) Dem Parochian bleibt dann die Wahl, zu welcher Pfarre er sich halten will. C. 2. de sepulturis in VI° (III. 12). (Bonifac. VIII.)

23) S. die Citate bei Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 650, Anm. 18, 19.

24) Beispiele von einzelnen Ländern s. bei Eichhorn a. a. O. S. 652, Anm. 27. Richter, Kirchenrecht §. 62. Wegen des Begräbnisses s. m. J. P. O. art. V. §. 35. Preuß. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 189. Circ. des geistlichen Ministeriums vom 30. Mai 1844. Achter westphälischer Landtagsabschied vom 27. December 1845, II. Nr. 5 u. a.

25) Sehr richtig bemerkt Eichhorn a. a. O. Anm. 29, daß ein wohlerworbenes Recht der Kirche hier nicht entgegenstehe, weil dies weder aus Gewohnheit, noch Gesetz entspringt. Eine andere Frage ist, inwiefern der Geistliche, der auf solche Gebühren vocirt ist, einen Anspruch auf Entschädigung haben könne, die sich jedoch nicht allgemein beantworten läßt. M. s. insbesondre die preuß. kgl. Erlasse vom 4. September 1825 und 15. September 1826, in der Gesetzsammlung 1825 S. 226, 1826 S. 106.

26) S. Anm. 24 cit. Richter.

lichen einer anderen Confession, welche die Bedeutung einer Reallast haben[26a]).

4) Das ius parochiale wird innerhalb der Grenzen der Parochie geübt. Die Einrichtung der Pfarrsprengel gehört zu den Gegenständen gemischter Natur[27]) und erfolgt daher durch die Bischöfe[28]) unter Mitwirkung des Staates. Sind die Grenzen der Parochie genau bekannt, so ist eine Veränderung derselben durch Privatwillkür oder Verjährung unzulässig[29]). Dagegen kann freilich durch vierzigjährige Präscription ein Zweifel über die Grenzen gehoben werden[30]). Für eine gehörig geschehene Abänderung sonst bekannter Grenzen würde eine praescriptio immemorialis entscheiden.

Die Pflichten des Pfarrers ergeben sich im allgemeinen aus der Bedeutung seines Amtes überhaupt und den für die einzelnen kirchlichen Handlungen geltenden Vorschriften im besonderen. Hervorzuheben ist aber namentlich die Residenzpflicht und die persönliche Verwaltung[31]). Stellvertretung oder Unterstützung durch andere Geistliche kann nur aus gesetzlichen Gründen erfolgen. Diese selbst sind nach und nach in eigenthümlicher Weise festgestellt worden[32]).

Eine Stellvertretung, Vicariat, wird nothwendig, wenn der eigentlich zum Pfarramte Berufene dasselbe nicht verwalten kann. Seit dem neunten Jahrhundert wurden nicht selten einzelne Pfarrstellen geistlichen Instituten (Klöstern und Stiftern) überwiesen (incorporirt) oder mit einzelnen Stiftsstellen verbunden (unirt), mit der Verpflichtung den Gottesdienst selbst in der erforderlichen Weise wahrzunehmen. Von Seiten des geistlichen Institutes, welches die Einkünfte im ganzen zog, wurde dann dem Bischofe ein Vicar präsentirt, der mit der Congrua versehen, wie ein wirklicher Pfarrer fungirte. Der eigentliche Inhaber der Pfarrgüter heißt hier parochus primitivus[33]). Das triden-

26a) Preuß. Hypothekenordnung von 1780 Tit. I, §. 48.

27) S. z. B. Edict über die Rechtsverhältnisse des Königreiches Bayern in Beziehung auf Religion u. s. w. vom 26. Mai 1818 §. 76, Nr. 5. Allgem. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 238 flg.

28) C. 3. X. de ecclesiis aedificandis (III. 48). (Alexander III. c. 1180). Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 13. de reform.

29) C. 5. Can. XVI. qu. III. (Gelasius.). C. 4. X. de parochiis (III. 29). (Urban. III).

30) C. 6. Can. XVI. qu. III. (Conc. Hispan. a. 619). Das c. 9. X. de praescriptionibus (II. 26). (Gregor I. a. 597) spricht von dem Falle, daß wenn die Pfarrgrenzen mit gewissen Grundstücken schließen, durch 40jährige Präscription die Grenzen dieser loca bestimmt werden können.

31) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. I. de reform.

32) M. s. überhaupt außer der im Eingange Anm. * citirten Literatur J. Neller, de genuina idea et signis parochialitatis primitivae eiusque principio etc. und eiusdem: de iuribus parochi primitivi, Trevir. 1752 4. und in Schmidt, thesaurus iuris eccles. Tom. VI. nr. XII und XIII.

33) M. vgl. darüber c. 1. X. de capellis monachorum (III. 37). C. un. eod. in VI° (III. 18).

tinische Concil bestimmt darüber, frühere Verordnungen einschärfend [34]), Folgendes [34a]): Beneficia ecclesiastica curata, quae cathedralibus collegiatis seu aliis ecclesiis, vel monasteriis, beneficiis seu collegiis aut piis locis quibuscumque perpetuo annexa reperiuntur, ab ordinariis — visitentur — qui procurent, ut per vicarios idoneos etiam perpetuos, nisi ipsis — aliter expedire videbitur, ab eis cum tertiae partis fructuum, aut maiori vel minori, arbitrio ipsorum ordinariorum portione, etiam super certa re assignanda, ibidem deputandos, animarum cura — exerceatur. Das Verhältniß gestaltete sich aber bisweilen auch so, daß, da dem Inhaber der Pfarre die Verwaltung der Spiritualien selbst eigentlich oblag, er aber dieselbe nicht übernehmen konnte, er selbst mit Genehmigung des Bischofs sich einen Vicar bestellte. Der Inhaber der Pfarre heißt hier parochus principalis, dem eine cura habitualis zusteht, vermöge deren er über den parochus substitutus [35]), der die cura actualis besitzt, die Aufsicht führt. Die obige Bestimmung des tridentinischen Concils paßt auch auf dieses Verhältniß. Viele solcher Institute sind übrigens untergegangen und die Vicare meistens wirkliche Pfarrer geworden, da die Stellen selbst den Charakter eigener Pfarreien erhielten [36]). Sonst aber ist das Verhältniß, wo es noch besteht, nach den Fundationen, Verträgen und Herkommen zu beurtheilen.

Pfarrgehilfen kommen jetzt noch aus verschiedenen Veranlassungen vor. Wenn ein Pfarrsprengel so groß ist, daß der parochus den kirchlichen Bedürfnissen allein zu entsprechen nicht im Stande ist, auch die Vorstände eine Theilung der Parochie nicht gestatten, so müssen so viele Pfarrgehilfen (vice-pastores, cooperatores, capellani) bestellt werden, als das Bedürfniß erheischt. Die Anordnung erfolgt entweder durch den Pfarrer selbst, unter Genehmigung des Bischofs oder von diesem ex officio [37]). In der Regel werden jetzt die in den bischöflichen Seminarien gebildeten jungen Geistlichen zu solcher Aushilfe verwendet und die Caplanei als eigenes Kirchenamt denselben übertragen. Ueber das Verhältniß der Capläne zum Pfarrer und zum Bischof entscheiden partikuläre Bestimmungen [38]), nach welchen jene oft nur temporarii, ad nutum Episcopi amovibiles sind.

---

34) S. z. B. Concil. Moguntin. a. 1225 cap. 12, a. 1261 c. 42 (Hartzheim, Concil. Germaniae T. III. fol. 523. 619.

34a) Sess. VII. cap. 7. de reform.

35) So wird in einer preußischen Urkunde vom Jahre 1402 unterschieden. Ueber das Verhältniß selbst s. c. 30. X. de praebendis (III. 5), (Innocent. III. a. 1215).

36) Der Unterschied der cura habitualis und actualis ist übrigens noch neuerdings in der Bulle de salute animarum für die preußischen Bisthümer anerkannt worden.

37) Conc. Trid. sess. XXI. cap. 4. de reform.

38) M. s. z. B. das preußische Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 510—514.

Nach dem geltenden Rechte sind die französischen Succursalpfarrer (d. h. Nebenpfarrer mit einem Gehalt von 500 Franken), wie sie sich auch in Belgien, in Rheinpreußen und sonst finden, ebenfalls nach dem Willen des Bischofs versetzbar, wogegen in neuester Zeit vielfach angekämpft ist[38a]). Die Bestellung eines Gehilfen, vicarius, erfolgt auch dann durch den Bischof, wenn der Pfarrer wegen Krankheit, Alters, Abwesenheit an der Amtsverwaltung momentan gehindert wird. Insbesondre wird aber ein vicarius oder coadiutor nothwendig, wenn der parochus dem Amte gar nicht vorstehen kann, wegen einer Krankheit[39]) oder wegen Unwissenheit[40]), ohne daß aber, weil eine sonstige Unwürdigkeit nicht vorhanden ist, eine Entlassung vom Amte erfolgen darf. Dann wird dem Coadjutor die Seelsorge übertragen und durch den Bischof eine Congrua festgesetzt. Dasselbe tritt ein, wenn ein Vicar an einer vacanten Stelle, bis zu deren Wiederbesetzung, angenommen werden muß[41]). Die früher übliche Aushilfe in der Seelsorge durch ordinirte Regularen zu bestimmter Zeit (Station, stationarii) ist später beseitigt worden[42]); dagegen sind öfter die an Nebenkirchen, Filialen, Capellen angestellten Geistlichen verpflichtet, dem parochus der Hauptkirche erforderlichen Falls Hilfe zu leisten[43]). An und für sich haben solche Capläne aber ein festes Amt[44]).

In der evangelischen Kirche[45]) wird der Begriff des Pfarramtes und ius parochiale zwar in den wesentlichsten Beziehungen nach dem Princip des kanonischen Rechtes beurtheilt, er erleidet aber dadurch eine bedeutende Modification, daß der Pfarrer nicht über, sondern in der Gemeine steht und daß demselben keine Jurisdiction im Pfarrsprengel gebührt. Die gute Ordnung und der kirchliche Organis-

---

38a) S. die organischen Artikel vom 18. Germinal X (8. April 1802) Art. 31. (Hermans, Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus am linken Rheinufer Bd. I, S. 493).

39) C. 3. X. de clerico aegrotante (III. 6): de rectoribus ecclesiae leprae macula usque adeo infectis, quod altari servire non possunt, nec sine magno scandalo eorum, qui sani sunt, ecclesias ingredi, quod eis dandus est coadiutor, qui curam habeat animarum etc.

40) Conc. Trid. sess. XXI. cap. 6. de reform.

41) Conc Trid. sess. XXIV. cap. 18. de reform.

42) S. oben Anm. 16 und über dies Verhältniß überhaupt Van Espen, ius eccl. univ. p. I. tit. III. cap. 7—9.

43) Vgl. z. B. die erzbischöfliche cölnische Instruction vom 31. Juli 1826 pro vicariis ad sacellum residentibus. (Sammlungen der Verordnungen der geistlichen Oberbehörde zu Cöln (Cöln 1837 8.) S. 24 flg. Podesta, Sammlung der wichtigsten Verordnungen seit der Wiedererrichtung des Erzbisthums, Cöln 1851, S. 14 flg.

44) M. s. z. B. C. 8. X. de filiis presbyterorum (I. 17). (Alexander III.) „persona seu perpetuus vicarius capellae". Vgl. noch Schefold a. a. O. Bd. I, S. 323.

45) Vgl. besonders J. H. Böhmer, ius parochiale sect. IV. cap. 1. sq. Eichhorn Bd. I, S. 751 f.

mus erfordern, daß einzelnen fähigen und besonders berufenen Geistlichen bestimmte Wirkungskreise angewiesen werden, also eine Gemeine, für welche jene alle diejenigen Handlungen vollziehen, die nur von einem ordinirten und bestellten Kirchendiener verrichtet werden dürfen. So wird der evangelische Geistliche Prediger, also Verwalter des Lehramtes für die Jugend und die Erwachsenen; Priester[46]), also Verwalter der Sacramente; Pastor, worin theils die Seelsorge liegt, in der Anwendung auf die einzelnen Glieder der Gemeine, theils die allgemeinere Leitung kirchlicher Angelegenheiten, wie der Armenpflege, der Theilnahme an der Administration des Kirchengutes u. s. w. Die in allen diesen Beziehungen dem Geistlichen zustehenden Rechte und Pflichten sind im ganzen, soweit das Princip der evangelischen Kirche nichts ändert, mit denen der römisch-katholischen Pfarrer übereinstimmend[47]). Die Functionen des Predigers, Priesters und Pastors sind in der Regel mit jedem Pfarramte verbunden, bisweilen sind aber dieselben gesondert und in verschiedener Weise getheilt, so daß zwischen Pfarrer oder Pastor und Prediger, auch wohl Pastor primarius, Oberpfarrer, Diaconus, Subdiaconus u. s. w. unterschieden wird. Die mit diesen aus der katholischen Kirche beibehaltenen Prädikaten zusammenhängenden Rechte und Pflichten sind local sehr verschieden. Bisweilen hat der erste Geistliche den Vor-, der zweite den Nachmittagsgottesdienst zu leiten, oder jener ist allein zur Seelsorge berechtigt, oder der Pastor hat das Aufgebot und die Beerdigung, der Diaconus die Trauung und Taufe[48]). Das Verhältniß der iura stolae ist im allgemeinen wie in der katholischen Kirche. Bei den Reformirten pflegen indessen Stolgebühren gar nicht entrichtet zu werden und bei den Lutherischen sind sie in der neueren Zeit öfter abgeschafft und die Pfarrer fixirt besoldet worden[49]). In Preußen ist wiederholt von den verschiedenen Provinziallandtagen ein deshalb bezüglicher Antrag gestellt worden. Im achten Landtagsabschiede für Schlesien vom 27. December 1845 ist aber die Beschluß-

---

46) Eichhorn a. a. O. Bd. I, S. 698 Anm. 1 erklärt den „von älteren Schriftstellern oft gebrauchten Ausdruck: das priesterliche Amt für ganz unpassend". Allein auch neuere Schriftsteller (Kliefoth, Harms u. s. w.) bedienen sich ganz desselben, freilich nicht in so allgemeiner Bedeutung, wie die älteren, sondern im Unterschiede vom Lehramte und dem Pastorat, und in diesem Sinne dürfte, unter Anerkennung des allgemeinen Priesterthums aller Christen, derselbe nicht unpassend sein.

47) Das Einzelne beruht auf partikularrechtlichen Festsetzungen. M. s. z. B. das preuß. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 318 flg., verb. §. 237 flg. Die rheinisch-westphälische Kirchenordnung vom 5. März 1835 §. 66 flg.

48) So ist's in mehreren preußischen Städten. Aehnlich in Hamburg (s. Rheinwald, allgem. Repertorium Bd. VI, S. 126).

49) Ferd. Friedr. Fertsch, das Beichtgeld in der protestantischen Kirche, seine Entstehung und die Nothwendigkeit seiner Abschaffung, Gießen 1830 8. Joh. Aug. Heinr. Tittmann, über die Fixirung der Stolgebühren und des Schulgeldes, Leipzig 1831 8.

nahme ausgesprochen, daß schlechthin dies sich nicht gesetzlich durchführen lasse, da eine wesentliche Umwandlung hergebrachter Verhältnisse eintreten müßte und das Bedürfniß dazu nicht so allgemein anerkannt ist, daß überall eine bereitwillige Mitwirkung zu erwarten stände. Hiernach bleibt alles dem Uebereinkommen der Betheiligten im einzelnen Falle überlassen. — Die Entrichtung der Stolgebühren erfolgt an den competenten Pfarrer auch dann, wenn der Parochian sich eines anderen Geistlichen bedienen will. Diese Parochialpflicht ist jedoch gewöhnlich eine beschränkte, indem gewisse heilige Handlungen derselben nicht unterworfen zu sein pflegen, wie das heilige Abendmahl und die Confirmation[50]). Außerdem pflegen auch manche Personen von der Parochialpflicht befreit (eximirt), also die Wahl des Geistlichen überhaupt ihnen frei gegeben zu sein. Nach den Gesetzen gehören dazu gewöhnlich Militärpersonen[51]), Civilbeamte[52]) u. a.[53]), gewöhnlich wohl darum, weil angenommen wird, daß diese Personen ein völlig wirksames Domicil an ihrem Aufenthaltsorte nicht besitzen[54]), vom Domicil aber im allgemeinen, wie nach kanonischem Rechte, die Parochialverbindung abhängt. Gegen Exemtionen sprechen übrigens gewichtige Gründe[55]), weshalb in neuerer Zeit mehrfach deren Aufhebung beantragt worden ist. In Preußen ist bereits durch Verfügung des Ministeriums des Innern vom 2. Januar 1817[56]) ausgesprochen worden: Die Exemtionen der Civilpersonen von der Parochie sollen aufgehoben werden. Dagegen darf dem Eingepfarrten, wenn er sich bei dem Pfarrer seiner Parochie gehörig meldet und die Stolgebühren entrichtet, das Dimissoriale nicht verweigert werden u. s. w.; doch ist diese Bestimmung noch nicht in's Leben getreten, ja es ist sogar der in der rheinisch-westphälischen Kirchenordnung vom 5. März 1835 §. 2 enthaltene Grundsatz der Aufhebung der Exemtion späterhin wieder suspendirt worden. Die Einrichtung

50) So nach dem preuß. Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 422. Bisweilen erfordert aber die Wahl eines anderen Beichtvaters die Genehmigung des früheren und selbst der vorgesetzten Behörde. Dies ist bei Landgemeinen besonders dadurch zu rechtfertigen, daß die Wahl eines anderen Pfarrers etwas Auffallendes hat. S. Eichhorn a. a. O. Bd. I, S. 755.

51) So nach dem Preuß. Landrecht a. a. O. §. 278 flg. Verb. Militärkirchenordnung vom 12. Februar 1832 §. 34 flg.

52) Das preuß. Recht a. a. O. §. 283 eximirt: sämmtliche zum Civilstande gehörige königliche, in wirklichen Diensten stehende, oder Titularräthe und andere Bedienten. Das kurhessische Regulativ vom 19. Januar 1795 (Sammlung der Gesetze Bd. VII, S. 633) beschränkt diese Exemtion auf solche Räthe in der Residenz.

53) M. s. z. B. das königl. sächs. Regulativ für Dresden vom 7. Juni 1828 (im Codex des sächs. Kirchenrechtes S. 285).

54) So erklärt es z. B. Müller, im promtuarium iuris T. IV. p. 6076.

55) Mit Unrecht fordert umgekehrt Klee, das Recht der Einen allgemeinen Kirche Bd. II, S. 57 flg. die Aufhebung der Parochialpflicht überhaupt.

56) v. Kamptz, Annalen der gesammten inneren Verwaltung Bd. I, H. I, S. 127 f.

der Parochialsprengel ist auch nach evangelischem Kirchenrecht eine gemischte Angelegenheit[57]) und die gemeinschaftlichen Bestimmungen über Pfarrgrenzen sind nach demselben ebenfalls maßgebend[58]).

Als Gehilfen der Pfarrer erscheinen nicht selten die vorhin erwähnten zweiten Prediger, auch wohl Rectoren an Schulen u. a., welche bei der Umgestaltung der römisch-katholischen Kirchenverfassung in die Stelle der Capläne, Vicare u. s. w. getreten sind. Zur Stellvertretung in einzelnen Fällen bleibt dem Pfarrer die Wahl eines Amtsgenossen überlassen[59]), insofern nicht die Pfarrer des Kreises in bestimmter Ordnung zur Wahrnehmung des Cultus verpflichtet sind, was für den Fall einer Vacanz auch zu geschehen pflegt[60]). Bei dauernder Verhinderung wird dagegen ein Candidat als Vicar oder Adjunct von dem betreffenden Pfarrer, unter Genehmigung des Consistoriums, angenommen oder ihm ex officio zugewiesen[61]) und zwar cum iure succedendi oder ohne dieses Anrecht. Wenn der Adjunct zugleich die Seelsorge in vollem Umfange übernehmen soll, muß er ordinirt werden. In neuerer Zeit sind mehrfach theils Anträge zur Anstellung ordinirter Candidaten für die Aushilfe anderer Prediger gemacht, theils schon wirklich dergleichen bestellt worden, wie in Baden, Sachsen, Würtemberg u. a.[62]). Wenn evangelische Geistliche an der persönlichen Verwaltung des Amtes durch Alter oder sonstige Gründe bleibend gehindert werden, erfolgt regelmäßig ihre Emeritirung oder Pensionirung und die Bestellung eines Nachfolgers, dessen Verhältniß zum bisherigen Pfarrer und dessen Familie meistens durch besonderen Vertrag, unter Aufsicht der geistlichen Oberen, festgesetzt zu werden pflegt.

H. F. Jacobson.

Privilegium heißt in der ältesten römischen Sprache ein zum Nachtheil eines Einzelnen gefaßter Volksschluß[1]); in diesem Sinne

---

57) M. s. z. B. preuß. Instruction für die Regierungen vom 23. October 1817 §. 18 c. Cabinetsordre vom 31. December 1825. Rescr. vom 29. Juni 1829 (v. Kamptz Annalen Bd. XVII, H. II, S. 369 flg).

58) Anerkannt in einem Rescript des geistlichen Ministeriums an das Consistorium zu Coblenz vom 29. Januar 1838 (v. Kamptz Annalen Bd. XXII, H. II, S. 345).

59) Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 506 flg.

60) S. z. B. rheinisch-westphälische Kirchenordnung vom 5. März 1835 §. 53 flg.

61) Allgem. Landrecht a. a. O. §. 515 flg. Königl. sächs. Verordn. vom 15. März und 30. August 1832 (Codex des sächs. Kirchenrechtes S. 350 flg.). Ledderhose (Pfeiffer), kurhessisches Kirchenrecht §. 313, 320, 412. Schlegel, hannöver'sches Kirchenrecht Bd. II, S. 407 flg.

62) M. s. darüber die Verhandlungen der preuß. Provinzialsynoden von 1844 und der Berliner Generalsynode von 1846.

1) Ursprünglich lex in privum lata. Cic. de legibus II. 19. Gell. N. A. X. 20. Privus war in der älteren Sprache gleichbedeutend nach letzterer Stelle mit singulus. Daß ein zum Nachtheil eines Einzelnen gefaßter Volksbeschluß privilegium genannt wurde, beweist das Verbot in den zwölf Tafeln.

waren Privilegien durch das Zwölftafelgesetz verboten[2]). In der späteren Kunstsprache der römischen Rechtsquellen ist privilegium gleichbedeutend mit ius singulare[3]). Ius singulare bedeutet bei den Römern einen von dem reinen Rechtsgebiete, es sei dieses ius oder aequitas, abweichenden Rechtssatz, welcher in der von dem Rechte verschiedenen utilitas oder necessitas seinen Entstehungsgrund hat, von welchem daher gesagt wird, er gehe gegen die ratio iuris[4]). Für das auf dem reinen Rechtsgebiete entsprungene Recht im Gegensatze des ius singulare wird bisweilen der Ausdruck ius commune gebraucht[5]). Am häufigsten wird das ius singulare bei den Römern durch den Ausdruck privilegium bezeichnet[6]), wornach letzterer Ausdruck nun abweichend von der älteren Zeit eine Begünstigung bedeutet. Das ius singulare ist stets beschränkt auf gewisse Personen, oder auf gewisse Sachen gewisser Personen, oder auf gewisse Rechtsgeschäfte, bald mit Rücksicht auf gewisse Personen, bald ohne dieselbe; es kann als anomales Recht im Gegensatze des regelmäßigen Rechtes (ius commune) bezeichnet werden[7]). Beide, das ius commune und singulare, haben mit einander gemein, daß sie auf dem gemeinsamen Boden des Rechtes entstanden sind und beide zusammen das Recht ausmachen; denn das Recht, welches die Regel aufstellt, bestellt zugleich die als ius singulare erscheinenden abweichenden Rechtssätze. Dadurch unterscheiden sich beide von dem, was heutzutage ausschließlich Privilegium genannt wird, nämlich ein in Ansehung bestimmter Personen oder Grundstücke durch den Gesetzgeber erlassenes Ausnahmegesetz, wodurch besondere Rechte für die fragliche Person oder Sache vor anderen begründet werden[8]). Wenn ein solches Ausnahme-

---

2) „Privilegia ne irroganto" waren die Worte der zwölf Tafeln. Cic. de leg. II. 4. 19. Orat. pro domo c. 17. pro Sextio c. 30. Ueber die Bedeutung von privilegium in den zwölf Tafeln giebt es sehr verschiedene Ansichten. Sie sind zusammengestellt und beurtheilt von Dirksen, civil. Abhandl. Th. I, S. 247 f., welcher die hier angenommene auf Cic. de leg. II. 19. Tacit., Annal. III, 27 gestützte Bedeutung billigt.

3) Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, S. 62, 65.

4) L. 16. D. (1. 3). Der Ausdruck ius singulare kommt außerdem vor in L. 15. D. (13. 1.) L. 23. §. 3. D. (40. 5.) L. 23. §. 1. L. 44. §. 1. D. (41. 2.) L. 44. §. 3. D. (41. 3.) Savigny a. a. O. S. 61, Note q, wo auch noch andere Ausdrücke für ius singulare angeführt werden.

5) L. 12. D. (4. 4.) L. 7. D. (28. 3.) L. 15. D. (28. 6.) L. 20 pr. L. 34. §. 1. L. 36. §. 4. L. 3. 8. §. 1. D. (29. 1.)

6) In diesem Sinne ist die Rede von Privilegien der Soldaten bei Testamenten (L. 15. D. (28. 6.) L. 40. D. (26. 7.), von Privilegien gewisser Personen aus Gründen zur Ablehnung einer ihnen angetragenen Tutel und Cura (L. 30. §. 2. D. (27. 1.)), von Privilegien mancher Gläubiger im Concurse, wie in dem Digestentitel de rebus auctoritate iudicis possidendis 42. 5. Savigny a. a. O. S. 62.

7) Savigny a. a. O. Gewöhnlich werden die Ausdrücke allgemeines und besonderes Recht dafür gebraucht.

8) Auf diesen Unterschied macht aufmerksam Savigny a. a. O. S. 65.

gesetz für alle oder mehrere gleichartige Fälle gilt, so heißt es **Privilegium** im engeren und eigentlichen Sinne, zum Unterschiede von der **Dispensation**, wodurch eine Ausnahme nur für einen einzelnen Fall begründet wird [9]). Wird durch ein Privilegium die Berechtigung zu gewissen von der besonderen Gestattung des Staates abhängigen Gewerben ertheilt, so heißt es **Concession** [10]). Die Lehre von den Privilegien in dem heutigen Sinne ist eigentlich dem Gebiete des Civilrechtes fremd, obgleich sie bisher fast immer in dem allgemeinen Theile desselben mit abgehandelt worden ist; sie gehört vielmehr in das Staatsrecht [11]), und es sind daher die in den Quellen des römischen und canonischen Rechtes enthaltenen Bestimmungen über Privilegien nur mit Vorsicht anzuwenden.

Eintheilungen der Privilegien sind mit der neueren Kunstsprache angehörigen Ausdrücken: 1) pr. favorabilia und odiosa, je nachdem sie zum Vortheil oder Nachtheil des Privilegirten gereichen; eine Eintheilung, welche auch von Dispensationen gilt, eigentlich aber aus dem wissenschaftlichen Gebiete ganz verbannt werden sollte, weil Ausnahmegesetze zum Nachtheil gewisser Personen den Charakter der Ungerechtigkeit und Willkür an sich tragen, daher selbst der Begriff des Privilegiums häufig blos auf günstige Ausnahmegesetze beschränkt wird [12]). 2) Pr. personalia und realia, je nachdem sie einer bestimmten physischen oder moralischen Person oder einer Sache verliehen sind. Letzteres ist gewöhnlich zu Gunsten eines bestimmten Grundstückes geschehen, so daß das diesem verliehene Recht auf jeden Besitzer, jedoch oft unter der Bedingung persönlicher Qualification übergeht [13]). Die Vermuthung ist zwar mehr für das persönliche als dingliche Privilegium; es kommt aber dabei mit auf die Beschaffenheit jedes einzelnen Privilegiums an, um auf die Absicht des Ertheilers zu schließen. Privilegien, welche einer physischen Person ertheilt sind, gehen nicht auf die Erben über, ohne Rücksicht darauf, ob sie conventionelle oder sogar durch einen onerosen Titel erworben sind. 3) Pr. affirmativa und negativa, je nachdem dadurch die Befugniß zu einer sonst nicht gestatteten Handlung oder zu einer sonst nicht erlaubten

---

9) In den römischen Rechtsquellen heißen die Dispensationen constitutiones personales (§. 6. Inst. 1. 2. L. 1. §. 2. D. (1. 4.)) oder auch privata privilegia. L. 4. C. Th. 15. 3.

10) Die Concessionen haben gewöhnlich ihren Grund in den Finanzregalien des Staates oder in der Polizeigesetzgebung. Schmid, teutsches Staatsrecht §. 66.

11) Die Gründe dafür siehe bei Sintenis, gemeines Civilrecht Bd. I, S. 81.

12) Glück, Erl. der Pand. Bd. II, S. 555. Schmid a. a. O. Sintenis a. a. O.

13) Manche nennen die Privilegien, welche besondere persönliche Qualification verbunden mit dem Besitze der Sache voraussetzen, pr. mixta.

Unterlassung ertheilt wird. 4) Pr. conventionalia und gratiosa, je nachdem sie durch einen Vertrag oder ohne solchen durch bloße Gnade des Regenten erworben sind[14]). 5) Pr. onerosa und gratuita, je nachdem ein Aequivalent für das Privilegium gegeben wird oder nicht[15]). 6) Pr. exclusiva und non exclusiva, je nachdem mit dem Privilegium zugleich ein Verbietungsrecht gegen Nichtprivilegirte verbunden ist oder nicht. Die Ertheilung der Privilegien gehört, weil sie Ausnahmsgesetze sind, nur für die gesetzgebende Gewalt, außer insofern sie im Regierungsrechte der Gnade ihren Grund haben[16]) oder Concessionen Anwendungen schon bestehender Gesetze sind. Zu Zeiten des teutschen Reiches war die Ertheilung der Privilegien ein Reservatrecht des Kaisers, wobei in der Regel eine Concurrenz der Reichsstände nicht stattfand[17]). Außerdem lag in der Landeshoheit der Reichsstände die Befugniß zur Ertheilung der Privilegien für die einzelnen Reichslande, wobei in der Regel die Mitwirkung der Landstände ausgeschlossen war[18]). Seit Auflösung des Reichsverbandes steht die Privilegienertheilung den einzelnen Bundesgliedern für ihre Staatsgebiete zu, wobei landständische Mitwirkung insofern nöthig sein kann,

---

14) Die Richtigkeit dieser Eintheilung wird bestritten. Klüber, öffentl. Recht des teutschen Bundes §. 485 nimmt bei jedem Privilegium einen Vertrag an, gleichviel ob es auf Widerruf oder für immer, unentgeltlich oder gegen ein Aequivalent ertheilt wird. Schmid, Staatsrecht §. 67 hingegen bestreitet, daß ein Privilegium als Vertrag betrachtet werden könne. Wenn gleich ein Privilegium ein Act der Gesetzgebung ist, so geht doch sehr häufig ein Vertrag der Ertheilung desselben voraus und die Ertheilung des Privilegiums ist nur der Act, durch welchen der Vertrag von Seiten des Regenten erst seine Perfection erhält, indem aus den vorhergegangenen Verhandlungen ein erzwingbares Recht auf Ertheilung des Privilegiums nicht abgeleitet werden kann. Da besonders in der älteren Zeit die Landesfürsten die Privilegien meistens im fiscalischen Interesse zur Vermehrung ihrer Einkünfte ertheilten, der Fiscus sich aber auch verpflichten kann, so sollte die Vertragsnatur gewisser Privilegien nicht bezweifelt werden; die Ertheilung des Privilegiums ist nur als der Act anzusehen, wodurch sich der Regent verpflichtet und er handelt dabei in doppelter Eigenschaft, einmal als Repräsentant der moralischen Person des Fiscus und dann als Gesetzgeber. Auch die Geschichte rechtfertigt die Vertragsnatur der Privilegien. Die meisten Privilegien wurden sonst im Wege der Infeudation verliehen und dieser lag immer ein Vertragsverhältniß, der Lehenscontract, zum Grunde.

15) Von Manchen wird diese Eintheilung nur auf die vertragsmäßigen Privilegien bezogen, wie von Glück Bd. II, S. 9. Dies ist nicht zu billigen, da Privilegien gegen ein Aequivalent gegeben sein und doch auf bloßer Gnade des Regenten beruhen können. Man denke nur an die Dispensationen.

16) Häufig werden auch Abolition und Aggratiation zu den Privilegien gezählt. Sie haben aber vielmehr in dem Regierungsrechte der Gnade ihren Grund. Schmid, Staatsrecht §. 50.

17) Doch enthielt die Wahlcapitulation Art. VII, §. 3, 4 Beschränkungen dieses Reservatrechtes, namentlich in Ansehung zu ertheilender Monopolien und solcher Privilegien, welche mit den Hoheitsrechten der Reichsstände collidiren.

18) Ausnahmen fanden häufig statt, wenn das Privilegium einen Gegenstand betraf, wobei es nach der Landesverfassung der landständischen Zustimmung bedurfte, namentlich bei Ertheilung von Steuerfreiheiten.

als das Privilegium in Hoheitsrechte einschlägt, deren Ausübung nach der Landesverfassung Concurrenz der Landstände erfordert[19]). Vom teutschen Bunde kann ein Privilegium nur in Folge freiwilliger Vereinbarung sämmtlicher Bundesglieder ertheilt werden[20]). Bei Standesherren, Grundherren und städtischen Magistraten ist die Vermuthung gegen das Recht Privilegien, auch geringere, zu ertheilen; vielmehr haben sie den Beweis dieses Rechtes, für jede Art von Privilegien besonders zu führen. Bisweilen ist ihnen ein beschränktes Verleihungsrecht (ius privilegiorum minus v. minimum) zugestanden[21]). Durch die Ertheilung eines Privilegiums wird die Ertheilung eines gleichen Privilegiums an einen Anderen, selbst an demselben Orte, nicht gehindert, weil die Vermuthung gegen eine bei der Ertheilung vom Regenten beabsichtigte Beschränkung seines Hoheitsrechtes ist. Selbst durch ein Versprechen kann sich der Regent hier nicht die Hände binden, weil ein solches die Ausübung eines Hoheitsrechtes betrifft. Nur wenn das Privilegium seiner Natur nach ausschließend ist und durch ein anderes ähnliches Privilegium vereitelt werden würde, kann eine Beschränkung des Regenten in Ertheilung eines gleichen Privilegiums angenommen werden, weil sonst dadurch das wohlerworbene Recht des früher Privilegirten verletzt werden würde[22]). Die Concurrenz der Privilegien anlangend, so kommt es darauf an, ob die mehreren Personen ertheilten gleichen Privilegien neben einander ausgeübt werden können, ohne sich in ihrer Ausübung zu hindern, oder ob die Ausübung dieser Privilegien neben einander unvereinbar ist. Im ersten Falle gelten beide Privilegien, und keiner der Privilegirten darf den andern in der Ausübung hindern. Tritt unter mehreren Privilegien eine wirkliche Collision ein, so ist zu unterscheiden, ob die mehreren Privilegien zu gleicher Zeit oder zu verschiedener Zeit ertheilt worden sind. Im ersten Falle geht es zuvörderst nach der über den Collisionsfall etwa getroffenen Bestimmung des Gesetzgebers bei der Verleihung; in Ermangelung einer solchen

---

19) Klüber a. a. O. §. 485.

20) Die Grundgesetze des Bundes sprechen sich darüber nicht aus. Denn unter den gemeinnützigen Anordnungen, welche die Bundesacte Art. 6 dem Plenum der Bundesversammlung zuweist, und die Wiener Slußacte v. 5. Mai 1820 Art. 64 durch freiwillige Vereinbarung in das Leben gerufen wissen will, ist Ertheilung von Privilegien wohl nicht zu verstehen; wäre dies, so würde die im Texte aufgestellte Behauptung dadurch bestätigt. Dem in der Bundesacte Art. 2 ausgesprochenen Zwecke des Bundes ist Privilegienertheilung völlig fremd.

21) Klüber a. a. O.

22) Zu Zeiten des Reiches waren die Reichsgerichte auch darüber zu erkennen befugt, ob ein Reichsstand neben einem bereits bestehenden Privilegium ein gleiches zu verleihen befugt sei, weil vermöge der Reichsjustizgewalt die Reichsgerichte selbst Acte der Regierungsgewalt der Reichsstände zu ihrer Cognition und Entscheidung zu ziehen befugt waren. Bei der Stellung der Landesgerichte gegen den Souverän ist eine gleiche Befugniß derselben nicht zu behaupten.

Bestimmung sind beide Privilegirte gegen einander nach gemeinem Rechte zu beurtheilen, so daß sie gegen einander ihr Privilegium nicht ausüben können; sie können aber jeden Dritten von demselben Rechte ausschließen. Im zweiten Falle geben Einige dem älteren Privilegium den Vorzug[23]), Andere ziehen unbedingt das neuere vor[24]); noch Andere unterscheiden, ob das ältere Privilegium ein gratiöses oder conventionelles sei und ziehen im ersten Falle das neuere vor[25]). Nach der richtigen Ansicht hat das ältere Privilegium den Vorzug, weil das neuere zum Nachtheil des älteren gereichen würde und kein Privilegium den Rechten eines Dritten zuwider sein darf[26]). Auch ist die Aufhebung des älteren Privilegiums durch das neuere nicht als in der Absicht des Gesetzgebers liegend anzunehmen, außer wenn etwa das ältere Privilegium auf Widerruf ertheilt war. Uebrigens ist weniger auf die Zeit der Ertheilung der Privilegien, als auf die der Bekanntmachung zu sehen, gleichwie bei anderen Gesetzen[27]). Die Wirkungen eines Privilegiums sind allgemeine, welche den Privilegien mit anderen Gesetzen gemein sind, und besondere, welche in der eigenen Beschaffenheit des Privilegiums begründet sind, insbesondre sich auf das dadurch dem Privilegirten ertheilte Recht und die Modalität der Ausübung beziehen. Allgemeine Wirkungen der Privilegien sind: 1) ein Privilegium ist erst von der Zeit an wirksam, wo es bekannt gemacht worden ist, und kann auf die vor der Bekanntmachung desselben ge-

---

23) Glück a. a. O. S. 19 flg. und die dort Note 54 angeführten Schriftsteller.

24) S. die bei Glück a. a. O. S. 21, N. 57 cit. Schriftsteller.

25) S. die bei Glück a. a. O. S. 21, N. 59 angeführten Schriftsteller.

26) Zwar kann man den Vorzug des Alters nicht auf Nov. 91. cap. 1 gründen, weil dort privilegium mit ius singulare gleichbedeutend ist. Eher kann man sich deshalb auf cap. 19. X. (2. 26) berufen. Cap. 1 de const. in VI. (1, 2) gehört nicht hierher, sondern handelt nur davon, daß ein allgemeines Gesetz Specialgesetze, Localgewohnheiten und Localstatuten nicht aufhebe, wenn die Aufhebung nicht ausdrücklich ausgesprochen sei. Der Vorzug des Alters gründet sich indessen auf allgemeine Rechtsgrundsätze, so daß es in Bezug auf Privilegien einer besonderen Bestimmung nicht bedarf. Insbesondre erhält diese Ansicht durch die im Mittelalter so gewöhnliche Verleihung von Privilegien durch Infeudation eine bedeutende Stütze. Durch Infeudation wurde ein wirkliches reales Recht begründet, welches selbst gegen den Lehensherrn Anspruch auf gerichtlichen Schutz hatte. Der früher Beliehene ging dem später Beliehenen vor, wenn sein Recht nicht bereits erloschen war. Freilich wurden im Mittelalter alle Arten der Hoheitsrechte zu Lehen gegeben und der Gesichtspunkt, daß die Infeudation mit einem Hoheitsrechte ein Privilegium im heutigen Sinne sei, war deshalb dem Mittelalter fremd.

27) Darum ist die öffentliche Bekanntmachung ertheilter Privilegien in derselben Weise, wie die der allgem. Gesetze oder wenigstens der administrativen Verordnungen, nützlich und nothwendig, damit sich Niemand mit Unwissenheit entschuldigen könne. Nicht zu empfehlen ist die Bekanntmachung durch den Privilegirten selbst, weil sie weniger geeignet ist, das Privilegium zur allgemeinen Kenntniß zu bringen.

schehenen Handlungen eben so wenig, wie ein Gesetz, zurückbezogen werden, wenn nicht der Gesetzgeber dem Privilegium zugleich rückwirkende Kraft beigelegt hat[28]). 2) Durch ein Privilegium werden, wie durch ein Gesetz, alle Unterthanen verpflichtet demselben nicht zuwider zu handeln und die Ausübung des dadurch erlangten Rechtes nicht zu hindern. Jede dem Privilegium zuwider unternommene Handlung eines Nichtprivilegirten ist rechtlich unwirksam[29]) und ein dem ausdrücklichen Inhalte eines vom Privilegirten vor Gericht gehörig producirten Privilegiums zuwiderlaufendes Erkenntniß nichtig[30]). 3) Privilegien stehen den Gesetzen auch darin gleich, daß sich ihre Giltigkeit und Wirksamkeit auf den Staat beschränkt, dessen Regent sie ertheilt hat[31]). Die besonderen Wirkungen der Privilegien sind: 1) der Privilegirte kann dasselbe insoweit ausüben, als es ihm verliehen ist; zur Beurtheilung der Grenzen seiner Befugniß dienen der Inhalt und die richtige Auslegung des Privilegiums, bisweilen auch Verjährung oder Herkommen[32]). 2) Ein Privilegium ist für wohlerworbene Rechte Dritter ohne Nachtheil und es versteht sich bei dessen Verleihung die Clausel, „unbeschadet der Rechte Dritter", von selbst[33]). 3) Der Privilegirte kann zwar diejenigen, welche mit ihm ein gleiches Privilegium erhalten haben, wenn das seinige nicht älter und ausschließlich ist, an dessen Ausübung nicht hindern; er hat aber ein Verbietungsrecht gegen alle Nichtprivilegirte, welche sich dasselbe Recht anmaßen. 4) Dem Privilegirten steht zwar die pachtweise Ueberlassung des durch das Privilegium erlangten Rechtes, wenn solches Nutzungen abwirft, an einen Dritten, selbst bei persönlichen Privilegien zu; eine gänzliche Uebertragung des Rechtes an eine andere Person oder Sache ist aber unstatthaft. Ueber die Auslegung der Privilegien gelten

28) Beilegung rückwirkender Kraft ist aber bei Privilegien sehr bedenklich. Es können dadurch Rechte Dritter, welche in gutem Glauben gehandelt haben, verletzt werden und möglicher Weise wäre auch ein Entschädigungsanspruch an den Privilegirten denkbar.

29) Cap. 10. X. (1. 6.)

30) Cap. 21. X. (2. 27.)

31) Standeserhöhungen machen anscheinend eine Ausnahme. Allein deren Anerkennung außerhalb des Staatsgebietes des Ertheilers ist eine Folge des Grundsatzes, daß die iura status nach den Gesetzen des Wohnortes zu beurtheilen sind. Auch werden Standeserhöhungen von manchen gar nicht zu den Privilegien gerechnet. Schmid, Staatsrecht §. 66.

32) Ein nach dem Muster und Inhalt eines anderen ertheiltes Privilegium (privilegium ad instar) ist seinem Umfange und Wirkungen nach in Gemäßheit des Musterprivilegiums zu beurtheilen.

33) Es bedarf deshalb nicht der Berufung auf L. 2. §. 16. D. (43. 8.) L. 4. C. (8. 48.) Die Wahlcapitulation Art. XV, §. 3 verordnete Cassation der ohne vorheriges Gehör eines Dritten, dessen Rechten sie zuwider liefen, ertheilten Privilegien als erschlichen. Auch nach Auflösung des Reichsverbandes wird, daß ein Privilegium salvo iure tertii verliehen sein müsse, noch als staatsrechtlich giltig anerkannt. Schmid a. a. O. §. 67.

folgende Regeln: 1) ihre Wirkung beschränkt sich, weil sie Ausnahmsgesetze sind, nur auf die Fälle, für welche die Ausnahme vom Gesetze gemacht ist, und ist nicht auf ähnliche Fälle Nichtprivilegirter auszudehnen, sollte auch derselbe Grund vorhanden sein (privilegia non trahenda sunt ad exemplum)[34]. 2) Eine ausdehnende Erklärung ist nicht zulässig; vielmehr sind sie streng und so auszulegen, daß sie einen Dritten möglichst wenig benachtheiligen und so wenig wie möglich vom gemeinen Rechte abweichen[35]. Dagegen darf die Auslegung auch nicht in der Art geschehen, daß dem Privilegirten der Genuß des ihm verliehenen Rechtes verkümmert oder entzogen werde, sondern er ist darin nach der Absicht des Ertheilers nicht weiter zu beschränken, als das wohlerworbene Recht eines Dritten eine solche Beschränkung verlangt. Unbegründet ist der von Manchen[36] bei der Auslegung der Privilegien gemachte Unterschied, ob das Privilegium blos dem Regenten allein nachtheilig ist oder ob dadurch die Freiheit anderer Personen beschränkt wird, und die hierauf gestützte Annahme einer ausdehnenden Erklärung im ersten, einer einschränkenden im zweiten Falle. Denn auch dem Regenten steht die Vermuthung zur Seite, daß er von seinen Rechten so wenig wie möglich habe aufgeben wollen[37]. Das römische Recht schreibt keine ausdehnende Erklärung vor[38]. Dem Regenten selbst kann die Befugniß zur authentischen Auslegung der Privilegien nicht versagt werden[39], so wenig wie ihm ausschließlich das Recht zur Auslegung einzuräumen ist[40]. 3) Privilegien haben als Ausnahmen vom ge-

---

34) Das römische Recht spricht diesen Satz in Bezug auf die constitutiones personales aus. §. 6. Inst. 1. 2.

35) L. 7. C. (1. 19.) L. 35 pr. L. 3. 28.

36) S. die bei Glück a. a. O. Bd. I, S. 361, N. 40 angeführten Schriftsteller.

37) Vermöge dieser Vermuthung wird bei unbestimmter Verleihung von Regalien, welche mehrere Abstufungen haben, an Privatpersonen immer die Verleihung der niedrigsten Abstufung angenommen. Anders war es früher zu den Zeiten des teutschen Reiches bei Verleihungen an Reichsstände. Glück a. a. O. S. 364.

38) L. 3. D. (1. 3), worauf man sich für das Gegentheil berufen hat, sagt nur: kaiserliche beneficia seien so auszulegen, daß sie die vom Ertheiler beabsichtigte vollständige Wirkung haben.

39) Dies folgt aus dem Charakter der Privilegien als Gesetze. Klüber a. a. O. §. 485 leitet aus der von ihm allen Privilegien beigelegten Vertragsnatur die regelmäßige Unzulässigkeit der authentischen Auslegung ab. Man wird unterscheiden müssen, ob über den Sinn und Umfang eines Privilegiums zwischen dem Privilegirten und Nichtprivilegirten Streit entsteht, oder zwischen dem Privilegirten und dem Regenten oder dessen Behörden. Im ersten Falle ist die authentische Auslegung als äußerstes Hilfsmittel zulässig; im letzteren fällt sie sehr bedenklich, insofern sie etwa zum Nachtheil des Privilegirten ausfallen sollte.

40) Die Worte der L. 43 pr. D. (28. 6.) beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari sind nur enunciativ. Wären sie auch dispositiv, so würde diese Bestimmung als eine publicistische nicht verbindend sein.

meinen Rechte die Vermuthung gegen sich und sind von demjenigen zu beweisen, welcher sich darauf beruft[41]). 4) Der Privilegirte kann in der Regel nicht genöthigt werden, von dem ihm durch das Privilegium ertheilten Rechte wider seinen Willen Gebrauch zu machen; er kann mithin auch darauf verzichten. Ausnahmen finden statt, wenn der Gebrauch des Privilegiums durch das wohlerworbene Recht eines Dritten geboten ist[42]).

Der Verlust der Privilegien kann seinen Grund haben in der Beschaffenheit des Privilegiums selbst oder in dem Willen der Staatsgewalt, oder in dem Privilegirten selbst. In der Beschaffenheit des Privilegiums begründet ist der Verlust durch Ablauf der Zeit, auf welche es ertheilt ist, durch die Unmöglichkeit der ferneren Erfüllung der Bedingung oder der ferneren Erreichung des Zweckes, unter welcher und zu welchem es ertheilt ist, durch das Aufhören des Subjectes, dem es ertheilt war, mithin durch den Tod der privilegirten physischen Person, wenn es nur der Person ertheilt war, durch Aufhören der juristischen Existenz der privilegirten moralischen Person, durch gänzlichen Untergang der Sache, mit welcher das Privilegium verbunden war, während bei theilweisem Untergange das Privilegium fortdauert und seine Ausübung bei Gebäuden, welche zerstört sind, nur bis zu deren Wiederherstellung nach Analogie dessen, was das römische Recht bei Realservituten bestimmt[43]), suspendirt bleibt; endlich durch Aufhören der Eigenschaft des Privilegirten, durch welche das Privilegium bedingt ist. In dem Willen der Staatsgewalt begründet ist der Verlust der Privilegien durch deren Zurücknahme oder Aufhebung. Hierbei kann zuvörderst kein Unterschied gemacht werden zwischen Privilegien, welche vom Regenten aus bloßer Gnade verliehen sind, und solchen, welche durch einen onerosen Vertrag erworben sind. Denn auch erstere, wenn sie auch auf bloßer Liberalität beruhen, haben, insofern sie nach Analogie der Schenkung zu beurtheilen sind, die Natur eines Vertrages und können daher nicht nach Willkür zurückgenommen werden, weil der Privilegirte durch die Acceptation ein wohlerworbenes Recht erwirbt.

---

41) Glück a. a. O. Bd. I, S. 565. Klüber a. a. O. §. 485. Sind Privilegien auf dieselbe Weise wie andere Gesetze, oder wenigstens allgemeine administrative Verordnungen bekannt gemacht, so ist der Privilegirte des Beweises überhoben.

42) Beispiele der Ausnahmen sind z. B. der privilegirte Gerichtsstand der Geistlichen, auf welchen, da die geistliche Gerichtsbarkeit zugleich ein Recht der Kirche ist, der Geistliche nicht verzichten kann. So nach dem canonischen Rechte. Anders nach dem römischen Rechte. L. 51. C. (1. 3) verglichen mit cap. 13. X. (2. 2). Hierher gehört auch der Fall, wenn der Privilegirte durch das Privilegium nicht blos Rechte erworben, sondern auch Verpflichtungen zu Leistungen übernommen hat, deren Erfüllung ohne Ausübung des Rechtes unmöglich ist; wenigstens kann sich der Privilegirte diesen Leistungen dadurch nicht entziehen, daß er von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat oder machen will.

43) L. 20. §. 2. D. (8. 2).

Als blos aus Gnade verliehene Privilegien können diejenigen nicht angesehen werden, welche durch Infeudation verliehen sind; denn ihnen liegt der Lehenscontract zu Grunde, welcher wegen der Verpflichtung des Vasallen zur Lehenstreue und zu Lehensdiensten, wenn solche auch in Natur nicht mehr gefordert werden, ein oneroser Vertrag ist. Die richtige Ansicht ist folgende: insofern sämmtliche zu derselben Gattung gehörige Privilegien aufgehoben werden, geschieht dies durch ein allgemeines Gesetz; die gesetzgebende Gewalt ist in Aufhebung der besonderen Rechte und Privilegien vermöge allgemeiner Gesetze eben so wenig beschränkt, als in Abänderung des gemeinen Rechtes; dem Privilegirten steht durchaus kein Recht des Widerspruches zu; wohl aber kann der Anspruch des Privilegirten auf Entschädigung begründet sein, wenn der bisherige Inhaber dadurch einen unverschuldeten Schaden erleidet oder für das Privilegium etwas bezahlt hat[44]). Waren die gleichartigen Privilegien, welche durch ein allgemeines Gesetz aufgehoben werden, lediglich in der bisherigen Gesetzgebung und Landesverfassung selbst begründet, so kann eine Entschädigung der Privilegirten zwar durch die Billigkeit geboten sein, aber nur durch die gesetzgebende Gewalt selbst bewilligt und regulirt werden; eine Klage auf Entschädigung vor Gericht ist nur insoweit statthaft, als sie auf privatrechtliche Titel gestützt werden kann[45]). Die Zurücknahme (Widerruf) des einem einzelnen Privilegirten zustehenden Privilegiums, ungeachtet übrigens die in Frage stehende Gattung der Privilegien beibehalten wird, von Seiten der Staatsgewalt ist unbeschränkt, wenn das Privilegium nur auf Widerruf (ad bene placitum) verliehen war, weil dann die Grundsätze vom Precarium eintreten. War die Zurücknahme nicht schon auf diese Art bei der Verleihung vorbehalten und die Verleihung der Form und dem Inhalte nach giltig[46]), so kann die Entziehung des Privilegiums

---

44) Schmid, Staatsrecht §. 67. Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. III, S. 297 f.

45) Pfeiffer a. a. O. und Bd. I, S. 245 f.

46) Ist sie ungiltig, so können auch diejenigen, welche durch die Ertheilung des Privilegiums in ihren wohlerworbenen Rechten verletzt worden sind, auf Cassation des Privilegiums antragen. Schmid a. a. O. §. 67. Es ist aber darin ein wesentlicher Unterschied zwischen der Zeit der bestehenden teutschen Reichsverfassung und der Zeit nach Auflösung des Reichsverbandes, daß zu der ersteren Zeit der Antrag auf Cassation bei den Reichsgerichten gestellt werden konnte und diese vermöge der Reichsjustizgewalt, welche selbst Regierungsacte der Reichsstände zu ihrer Cognition zu ziehen befugt war, auf Cassation eines ungiltigen Privilegiums richterlich erkennen konnten; während nach der Auflösung des Reichsverbandes der Cassationsantrag lediglich bei dem Regenten selbst zu stellen ist, die Cassation auch nur von ihm ausgehen kann, da die Landesgerichte über Regierungsacte zwar zum Behuf einer von einer Privatperson geforderten Entschädigung wegen des durch solche ihr zugefügten Schadens über deren Rechtmäßigkeit zu urtheilen, nie aber auf Zurücknahme und Cassation eines Regierungsactes selbst zu erkennen befugt sind.

ohne Unterschied, ob es unter einem onerosen Titel oder ohne einen solchen erworben ist, nur ausnahmsweise stattfinden: 1) vermöge des äußersten Rechtes des Staates (ius eminens) wegen Unverträglichkeit der ferneren Beibehaltung des Privilegiums mit dem Staatswohle und mit der Erreichung des Staatszweckes durch die Regierungsgewalt, wobei jedoch, namentlich bei dem Erwerbe des Privilegiums unter einem onerosen Titel ein vor den Gerichten auszuführender Entschädigungsanspruch des Privilegirten statthaft ist[47]; 2) wegen vertragswidrigen oder gesetzwidrigen[48]) Gebrauches zum Nachtheil des Staates, weshalb auf Verlust des Privilegiums nach vorhergegangener gehöriger Untersuchung durch die Gerichte erkannt werden kann[49]). Endlich kann der Verlust des Privilegiums in dem Privilegirten selbst seinen Grund haben, wenn dieser auf das Privilegium verzichtet oder dasselbe binnen bestimmter Zeit nicht ausübt (Verjährung). Der Verzicht kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend durch dem Privilegium entgegengesetzte Handlungen geschehen, welche so beschaffen sein müssen, daß sie gar keinen anderen Schluß als den des Verzichtes auf das Privilegium zulassen, daher bloße Nichtausübung des Privilegiums nicht genügt. In der Regel steht dem Privilegirten der Verzicht auf das Privilegium frei; Ausnahmen kommen vor, wenn die Ausübung desselben durch

---

47) Die Gerichte der einzelnen Bundesstaaten sind ebenso befugt, als verpflichtet, behufs ihrer Competenz darüber zu cognosciren, ob der die Klage veranlassende Eingriff in Privatrechte durch Zurücknahme des Privilegiums wenigstens die äußeren Merkmale der Ausübung des ius eminens an sich trage, wozu in subjectiver Hinsicht gehört, daß der fragliche Act von der obersten Staatsbehörde selbst, oder auf ihre specielle Anordnung von der unmittelbar handelnden Verwaltungsbehörde ausgegangen sei, sowie in objectiver Hinsicht, daß der fragliche Regierungsact als ein die Ausübung des äußersten Rechtes enthaltender wirklich bezeichnet, ihm dieser Charakter ausdrücklich beigelegt, namentlich der Zweck und daß derselbe ein auf das Gemeinwohl bezüglicher sei, ausdrücklich angegeben worden sei. Dagegen steht den Gerichten eine Beurtheilung der Frage, ob der fragliche Regierungsact ein taugliches Mittel zu dem angegebenen Zwecke sei, nicht zu. Pfeiffer a. a. O. Bd. III, S. 295 f. Hat der Privilegirte durch das Privilegium bereits so viel Vortheil gezogen, daß selbst im Falle des onerosen Erwerbes des Privilegiums das, was er geleistet hat, völlig dadurch aufgewogen wird, so ist auch kein Entschädigungsanspruch statthaft. Schmid a. a. O. §. 67. Ob dies aber der Fall sei, ist lediglich Gegenstand der richterlichen Cognition.

48) Vorschriften für den Gebrauch der Privilegien, selbst beschränkende, können sowohl von der Gesetzgebung als von der Regierung erlassen werden und sind für keine Zurücknahme zu achten. Schmid a. a. O., die Befugniß der Regierungsgewalt dazu liegt in dem Oberaufsichtsrechte des Staates.

49) Schmid a. a. O. Glück a. a. O. Bd. II, S. 39 f. Man verlangt, wofern nicht der Mißbrauch des Privilegiums ein ganz außerordentlicher ist, der zur sofortigen Entziehung durch richterliches Erkenntniß berechtigt, vorher, daß der Privilegirte wegen des Mißbrauches schon verwarnt, gehört und ihm der Verlust des Privilegiums bei fernerem Mißbrauch durch die Regierungsbehörde angedroht worden sei.

das wohlerworbene Recht eines Dritten geboten ist. In der unterlassenen Ausübung des Privilegiums in dem einen oder anderen Falle liegt kein Verzicht für die Zukunft; es muß noch der Ablauf einer bestimmten Zeit hinzukommen. In Ansehung der Art der Verjährung ist zwischen affirmativen und negativen Privilegien zu unterscheiden. Zur aufhebenden Verjährung negativer Privilegien wird erfordert freiwillige Leistung dessen durch den Privilegirten, wovon er durch das Privilegium befreit ist, dadurch begründeter Quasibesitz eines Anderen, welcher alle Nichtprivilegirte nach gemeinem Rechte zu derjenigen Leistung, von welcher der Privilegirte befreit ist, anzuhalten befugt ist, diese Leistung auch vom Privilegirten zu fordern und Fortdauer dieses Besitzes ohne Widerspruch der Privilegirten während der Verjährungszeit, welche nach dem Unterschiede der Person, gegen welche verjährt wird, verschieden ist [50]). Zur aufhebenden Verjährung affirmativer Privilegien genügt bloßer Nichtgebrauch während der Verjährungszeit. Dabei wird vorausgesetzt, daß ungeachtet sich zur Ausübung des Privilegiums darbietender Gelegenheit und obgleich der Ausübung kein Hinderniß entgegenstand, der Privilegirte sich seines Rechtes während der Verjährungszeit nicht bedient hat [51]), auch Jemand ein Interesse daran hat, daß das Privilegium aufhöre. Welche Verjährungszeit stattfinde, ist bestritten. Das römische Recht enthält in Bezug auf das privilegium nundinarum eine specielle Bestimmung [52]), deren Anwendung auf alle Privilegien affirmativer Art bedenklich ist, weil sich nicht ersehen läßt, ob die Vorschrift auf einer allgemeinen Regel beruht, daher es sicherer ist, die dreißigjährige Verjährungszeit anzunehmen [53]).

Heimbach sen.

Proprietas im weiteren Sinne ist bei den Römern mit dominium im engeren und eigentlichen Sinne gleichbedeutend [1]) und bezeichnet das ausschließliche Recht an der Substanz einer Sache [2]). Dominium im weiteren Sinne heißt überhaupt das rechtliche Gewalt=

50) Cap. 6. 15. X. (5. 33). Glück a. a. O. S. 45 f.

51) Doch schadet der Nichtgebrauch nichts, wenn dem Privilegium die Clausel einverleibt ist, „solches nach freier Willkür zu gebrauchen".

52) L. 1. D. (50. 11) sagt, das privilegium nundinarum erlösche durch zehnjährigen Nichtgebrauch.

53) Glück a. a. O. S. 49 f.

1) L. 13. pr. D. (41. 1.) Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine: dominium mihi, id est, proprietas acquiritur. L. 1. §. 1. D. (29. 5.) Daher heißt der Eigenthümer dominus, proprietarius L. 46. §. 1. D. (47. 2.) proprietatis dominus. L. 15. §. 6. 7. D. (7. 1.) L. 16. §. 1. D. (7. 8.) L. 12. D. (9. 2.) Vgl. den Art. Eigenthum Bd. IV.

2) Es wird auch der Ausdruck dominus corporis gebraucht. L. 13. §. 1. D. (39. 2.) Daher ist der für proprietas von Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 31 gleichbedeutend genommene Ausdruck dominium corporis nicht unrömisch, wenn gleich erst von dominus corporis abgeleitet.

verhältniß zu einer Sache[3]) und wird in diesem Sinne nicht blos auf dingliche Rechte bezogen[4]), sondern auch bei Rechtsverhältnissen anderer Art gebraucht[5]). Proprietas im engeren Sinne wird dem ususfructus als persönlicher Servitut entgegengesetzt und heißt dann das ausschließliche Recht an der Substanz einer Sache ohne das Recht auf den usus und fructus derselben. Die Römer gebrauchen dafür auch den Ausdruck nuda proprietas[6]), im Gegensatze der Proprietät mit Fruchtgenuß, welche proprietas plena, solida genannt wird[7]). Die Basiliken brauchen für dominium und proprietas die Ausdrücke κυριότης, δεσποτεία; setzen sie die proprietas dem ususfructus entgegen, so sagen sie ψιλὴ δεσποτεία. Die Ableitung des Wortes dominus und dominium von domus[8]) dürfte wohl nicht zu billigen und das Wort eher von domare abzuleiten sein, welches wieder mit δαμᾷν zusammenhängt. Die Eintheilungen des Eigenthums anlangend, so ist die in Alleineigenthum und Miteigenthum der Sache nach im römischen Rechte allerdings begründet; die dafür gebrauchten lateinischen Kunstausdrücke dominium solitarium und condominium sind neueren Ursprunges; die Römer sagen von Mehreren, welche eine Sache zu intellectuellen Antheilen eigenthümlich haben, rem habent communem oder possident pro indiviso. Die Ein-

---

3) Schilling, Lehrbuch der Institutionen Bd. 2, §. 145. Mühlenbruch, von der Cession der Forderungsrechte S. 5. Dieser weitere Sinn von dominium ergiebt sich aus L. 3. D. (7. 6.) L. 15. §. 8. D. (43. 24.) L. 2. Cod. Theod. VIII. 18. L. 70. §. 1. D. 17. Buchholz, Versuche S. 105, N. 16 erkennt diese weitere Bedeutung von dominium nicht an; vgl. dagegen Düroi, im Archiv f. civil. Pr. Bd. VI. S. 252 f., 386 f. Büchel, Erörterungen Bd. 1, Nr. 2, S. 48.

4) In diesem Sinne wird dominium angewendet: 1) auf den Nießbrauch. L. 3. D. (7. 6.) Est enim absurdum, plus iuris habere eos, qui possessionem tantum ususfructus, non etiam dominium adepti sunt. Ueber den Sinn dieser Stelle Galvanus, de usufructu cap. XXIV. nr. 14. Averanius, Interpret. iur. civ. T. II. Lib. IV. cap. 6. Glück a. a. O. S. 82, N. 81. L. 8 pr. D. (42. 5.) quia appellatione domini fructuarius quoque continetur; 2) auf das Recht an einer Erbschaft §. 7. Inst. II. 19. L. 48 pr. D. (28. 5.) L. 70. §. 1. D. (50. 16.); 3) auf dingliche Servituten L. 15. §. 8. D. (43. 24.) Dagegen ist der Ausdruck dominium possessionis in dem Sinne, daß darunter die Eigenheit an dem Besitze einer fremden Sache zur Sicherheit einer Forderung, so daß dadurch dem Eigenthum selbst ein Ende gemacht werden kann, verstanden wird, (Glück a. a. O. S. 33) unrömisch und zu verwerfen.

5) Z. B. dominus litis. L. 4. §. 5. D. (49. 1.), dominus contractus. L. 2. C. IV. 27. In ganz allgemeiner Beziehung auf Rechte überhaupt wird von Cic. pro Balbo c. 15 der Ausdruck dominus gebraucht: sui quemque iuris et retinendi et dimittendi esse dominum. Schilling a. a. O. §. 145, N. 6. Auch das Wort Eigenthum wird oft in einem unbestimmten Sinne gebraucht, z. B. von Forderungen, hat indessen keinen technischen Werth. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I, S. 472, N. 1.

6) §. 1. Inst. II. 4. L. 19. D. (33. 2.)

7) L. 2 pr. D. (7. 4.) L. 26 pr. D. (33. 2.)

8) Sie wird auch im Artikel Eigenthum Bd. IV, S. 149 gebilligt.

theilung in dominium ex iure Quiritium und in bonis esse (sog. dominium quiritarium und bonitarium) hat durch Aufhebung des nudum ius Quiritium und des Unterschiedes der res mancipi und nec mancipi unter Justinian[9]) für die Römer ihre practische Bedeutung verloren, daher auch der doppelte Zweck der Usucapion aufgehört hat. Dagegen ist in Teutschland in Ansehung des Eigenthums an Grundstücken ein anderer Unterschied wichtig, indem man an Grundstücken ein bürgerliches und natürliches Eigenthum (dominium civile und naturale) unterscheidet. Dieser Unterschied hängt damit zusammen, daß bei den Teutschen es schon seit uralten Zeiten üblich war, Grundeigenthum nur unter öffentlicher Auctorität wirksam zu übertragen (Auflassung). In den Rechtsbüchern des Mittelalters ist es geradezu ausgesprochen, daß ohne gerichtliche Mitwirkung wirksame Veräußerungen des Eigen nicht vorgenommen werden können[10]). Das besondere Interesse, was der Staat eines Theiles wegen der Steuern und Abgaben, anderen Theiles wegen des im jetzigen Hypothekenwesen vorherrschenden Principes der Publicität und Specialität, um den Gläubigern, welche auf Hypothek an Immobilien borgen, die größtmögliche Sicherheit zu gewähren, daran hat, daß die Eigenthümer der Grundstücke bekannt seien und keine Ungewißheit darüber herrsche, hat nicht blos in den Ländern sächsischen Rechtes, sondern fast in allen teutschen Staaten dazu geführt, daß entweder nach Gesetz und Herkommen bei allen Veräußerungen des Grundeigenthums die Mitwirkung öffentlicher Behörden verlangt wird in der Maße, daß nur derjenige als wirklicher Eigenthümer eines Grundstückes gilt, dem dasselbe in den öffentlichen Büchern zugeschrieben ist[11]). Die öffentliche Behörde, welche hierbei concurrirt, ist gewöhnlich der Richter, dem die Gerichtsbarkeit über das fragliche Grundstück zusteht (iudex rei sitae). Die Mitwirkung der öffentlichen Behörde zeigt sich entweder darin, daß die Bestätigung des Contractes, wodurch Grundeigenthum übertragen wird, von Seiten der Behörde und Zustellung des bestätigten Contractes (der Uebereignungsurkunde) an den neuen Erwerber zur Erlangung des wirklichen Eigenthums an Grundstücken erfordert wird, wobei einzelne Particularrechte wieder die Bestätigung zur Perfection des Contractes erfordern, andere nicht, oder darin, daß außer der Bestätigung des Veräußerungscontractes von Seiten der Behörde auch noch die Auflassung von Seiten des vorigen Eigenthümers (Lehensauflassung, resignatio iudicialis) in der Regel hinzukommen muß, welcher dann die Lehensreichung (Reichung in Lehen und Würden, investitura allodialis) von

9) L. un. C. VII. 25. L. un. C. VII. 31.

10) Sächs. Ldr. Bd. I, Art. 52. Vgl. den Art. Hypothekenwesen Bd. V.

11) Mittermaier, im Arch. f. civil. Prax. Bd. XVIII, S. 178 f. Bd. XIX, S. 159 f. und in der Zeitschr. f. österreich. Rechtsgelehrsamkeit von 1839, H. 9, S. 177.

Seiten des Richters der gelegenen Sache, als derjenige Act, wodurch der neue Erwerber das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken wirklich erlangt, folgt[12]); bald darin, daß man zwar die Tradition zur Uebertragung des Eigenthums für genügend erachtete, daneben aber die Regulirung des Besitztitels durch Eintragung in öffentliche Bücher

---

12) So in den Ländern sächs. Rechtes auf dem Grunde des sächs. Landr. Bd. 1, Art. 52. Magdeb. Weichbildr. Art. 20. Aeltere Gesetze des Königreiches Sachsen haben im Geiste der Rechtsbücher des Mittelalters die Lehensauflassung und Lehensreichung zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums an Grundstücken für nothwendig erachtet. Kursächs. Dec. 61. v. 1661. Dec. 1. v. 1746. Es war aber immer allgemein anerkannter Grundsatz des gemeinen sächs. Rechtes, daß Lehensauflassung und Lehensreichung auf das Geschäft, in Folge dessen diese Handlungen nothwendig wurden, ohne Einfluß sei, namentlich bei Kaufcontracten die Grundsätze des gemeinen Rechtes über das periculum et commodum rei venditae et traditae dadurch nicht geändert werden. Haubold, Lehrb. des königl. sächs. Privatrechtes §. 187. Heimbach, Lehrb. des particulären Privatrechtes der zu den Oberappellationsgerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder §. 187. Die neueste königl. sächs. Gesetzgebung hat die Lehensauflassung und Lehensreichung aufgehoben und an deren Stelle die Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher gesetzt. Königl. sächs. Ges. v. 6. Novbr. 1843 §. 5, 6, 23. Ueber andere Gesetze der Länder sächs. Rechtes vgl. Heimbach a. a. O. S. 353, N. 2. Die neueste Gesetzgebung der sächsischen Länder und Länder sächsischen Rechtes hebt die Lehensauflassung und Lehensreichung als überflüssig auf und setzt an deren Stelle die gerichtliche Zuschreibung oder die Eintragung in die Grundbücher, bezüglich das Grund- und Hypothekenbuch. Heimbach a. a. O. S. 353, N. 6 und Nachträge zu dem Lehrbuch des particulären Privatrechtes zu §. 186, 187. Die Rücksicht auf das Interesse der Gläubiger, welche auf Hypotheken an Grundstücken darleihen, ist übrigens in Bezug auf die Concurrenz des iudex rei sitae bei Veräußerung der Immobilien in den Ländern sächsischen Rechtes nicht das Motiv gewesen, sondern die Anhänglichkeit an das im Sachsenspiegel enthaltene gemeine Recht. Dies ergiebt sich eines Theiles daraus, daß die ältesten sächsischen Gesetze (Const. elect. 23. P. II. v. 1572. Kursächs. P. O. v. 1622, Tit. 46, §. 2, und in deren Gemäßheit Rudolst. P. O. P. IV, Tit. 6, §. 1 f.) eine ausdrückliche Verpfändung von Allodialgrundstücken sowohl durch Insinuation bei dem iudex rei sitae, als außergerichtlich vor Notar und Zeugen, oder vor zwei oder drei Zeugen, oder in einer von einigen Zeugen unterschriebenen und untersiegelten Urkunde zulassen und nur die gerichtlich instruirten Pfandrechte den außergerichtlich bestellten vorziehen (s. Heimbach, Lehrb. des particulären Privatrechtes §. 205), anderen Theiles daraus, daß, wenn auch spätere Gesetze die außergerichtliche Verpfändung von Immobilien für unwirksam erklären und schlechterdings dazu gerichtliche Mitwirkung fordern (wie die Ernest. P. O. P. I. cap. 18, §. 9. Coburg. Verordnung v. 16. Juli 1753 §. 2. Altenb. P. O. P. I. cap. 37, §. 15. Goth. P. O. P. I. cap. 37, Art. IV, §. 7), doch nebenbei die gesetzlichen Pfandrechte des gemeinen Rechtes, zum Theil mit Erweiterungen, zum Theil mit Beschränkungen, beibehalten worden sind, deren Beibehaltung mit der Publicität und Specialität des neueren Hypothekenwesens unvereinbar ist. Die neueste Gesetzgebung der Länder sächsischen Rechtes bringt die Erwerbung des Eigenthums an Immobilien mit dem Hypothekenwesen in Verbindung und sichert durch Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken die auf Immobilien darleihenden Gläubiger. Heimbach, Lehrbuch §. 205 und Nachträge zu diesem Lehrbuch zu §. 205, 206, 208.

anordnete[13]). Wo die Mitwirkung der öffentlichen Behörde als wesentlich zur Erlangung des Eigenthums an Immobilien landesgesetzlich erfordert wird, ist der Unterschied zwischen bürgerlichem und natürlichem Eigenthum begründet, es müßte denn das Landesgesetz ausdrücklich vor dem Acte, von welchem es die Erlangung des Eigenthums abhängig macht, blos ein Forderungsrecht, selbst im Falle der außergerichtlich bewirkten Uebergabe, annehmen, vermöge dessen der eine Contrahent von dem anderen Uebertragung des Eigenthums verlangen kann[14]). Der Unterschied des natürlichen und bürgerlichen Eigenthums, eine Terminologie, welche allerdings den sächsischen Juristen am meisten geläufig ist, zeigt sich in den Wirkungen. Das bürgerliche Eigenthum berechtigt allein zur Anstellung der rei vindicatio gegen jeden dritten Besitzer, zur Veräußerung und Verpfändung mit der Wirkung, daß die gerichtliche Bestätigung nicht versagt werden kann. Das natürliche Eigenthum gewährt den Usucapionsbesitz, mithin die Befugniß zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums durch Ersitzung, die publicianische und die Negatorienklage[15]). Gemeinrechtlich ist allerdings jener Unterschied des Eigenthums an Immobilien unbekannt. — Im Gegensatze des römischen oben erwähnten Miteigenthums, bei welchem jeder einzelne zu bestimmten intellectuellen Antheilen Eigenthümer der Sache ist, haben manche Juristen ein Gesammteigenthum (dominium plurium in solidum) aufgestellt, als ein Eigenthum, welches Mehreren in der Art zusteht, daß Jeder in Bezug auf das Ganze Eigenthümer ist und nur durch das Eigenthum des Anderen beschränkt wird[16]). Abge-

---

13) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes §. 161.

14) A. M. ist Mittermaier a. a. O., der den Unterschied zwischen natürlichem und bürgerlichem Eigenthum blos dem sächsischen Rechte vindiciren will. Dagegen ist zu erinnern, daß, wenn landesgesetzlich die Erlangung des Eigenthums von der Eintragung in öffentliche Bücher oder einer anderen Formalität abhängig gemacht, daneben aber die Ersitzung als Erwerbsart des Eigenthums anerkannt wird, die außergerichtliche Uebergabe von Seiten des wirklichen vom Staate als solchen anerkannten Eigenthümers doch wenigstens die Folge haben muß, daß der dadurch in Besitz Gesetzte den Usucapionsbesitz erlangt, der vor dem römischen Usucapionsbesitz noch das voraus hat, daß die Uebertragung von dem dominus ausgegangen ist; daher dessen Recht nicht ohne Grund mit dem Namen des natürlichen Eigenthums bezeichnet wird.

15) So sprechen sich über die Wirkungen die kursächs. Dec. 61 v. 1661 und Dec. 1 v. 1746 aus. Die Doctrin und Praxis der Länder sächsischen Rechtes nimmt ganz dasselbe an. Heimbach, Lehrbuch des particulären Privatrechtes §. 186, N. 2. Auch die Confessorienklage steht dem natürlichen Eigenthümer zu. Heimbach a. a. O. Solches blos für sächsisches Recht mit Mittermaier a. a. O. §. 161 zu halten, ist unter den im Texte gemachten Voraussetzungen kein Grund vorhanden, da selbst das gemeine Recht demjenigen, welcher a non domino ex iusta causa erworben hat, die Publicianische, Confessorienklage und Negatorienklage verstattet.

16) Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 155.

sehen davon, daß ein solches Gesammteigenthum dem Wesen des römischen Eigenthums widerstreitet, was indessen kein Hinderniß wäre, solches, wenn es wirklich existirte, in das Rechtssystem aufzunehmen, ist kein Bedürfniß zu dieser Aufnahme vorhanden, da die Verhältnisse, welche man dahin zu rechnen pflegt, weit einfacher auf andere Weise zu erklären sind[17]). In manchen Fällen ist nur eine Gesammtgewere insofern vorhanden, als eine Person mit eventuellen Rechten in die Gewere von einer anderen Person aufgenommen wird[18]), oder als eventuelle Rechte der nächsten Erben vorkämen, oder einer Person eventuelle Lehenrechte zugestanden würden[19]). Am wenigsten paßt die Annahme eines Gesammteigenthums bei der ehelichen Gütergemeinschaft[20]). In den meisten Fällen, wo Gesammteigenthum angenommen wurde, steht einer moralischen Person das Eigenthum zu[21]), oder die Sache befindet sich im Eigenthum mehrerer Gemeinden[22]). Die Wirkungen des Gesammteigenthums sollen, wie die Vertheidiger desselben annehmen, darin bestehen, daß 1) jedem Gesammteigenthümer ein Recht auf das Ganze zusteht, 2) einseitige Verfügung über die Sache ohne Zustimmung des anderen unzulässig ist, 3) kein Gesammteigenthümer allein die Theilung verlangen kann, 4) mit dem Wegfalle des Einen entweder dessen Erben, oder, wie Andere annehmen, die übrigen Genossen als an die Stelle des Wegfallenden tretend, die Gemeinschaft fortsetzen[23]).

---

17) Beseler, Erbverträge Bd. I, S. 75, 77. Maurenbrecher, teutsch. Privatrecht Bd. I, S. 453. Runde, teutsches eheliches Güterrecht S. 153. Mittermaier a. a. O.

18) Dies war bei den Vergabungen von Todeswegen häufig der Fall, wenn der Vergebende durch Auflassung ein eventuelles dingliches Recht an einem Grundstücke auf den Todesfall auf einen Anderen übertrug, gleichwohl aber selbst das Eigenthum, nicht blos den Nießbrauch sich vorbehielt. Beseler, Erbverträge Bd. I, S. 74, 88.

19) Dies war der Fall durch die Simultaninvestitur, welche deshalb nothwendig war, weil vermöge des Grundsatzes „Theilung bricht Folge“ durch die Theilung des Lehens unter Söhnen des Vasallen das Recht der Lehensfolge verloren ging, wenn nicht dasselbe von den Theilenden bei der Theilung vorbehalten und eine ausdrückliche Beiehnung deshalb erfolgt war. Weber, Handb. des Lehenrechtes Bd. 4, S. 85 f. Darauf beruht noch jetzt die sächsische Mitbelehnschaft oder gesammte Hand (communis Saxonum manus), insoweit als durch sie den Agnaten des verstorbenen Vasallen das Recht der Lehensfolge erhalten wird. Sie geht aber noch weiter, indem durch sie auch auswärtigen, in die Investitur aufgenommenen Personen das Recht der Lehensfolge eingeräumt wird. Daher unterscheidet das sächsische Lehenrecht geborene und präsentirte Mitbelehnte (simultanee investiti nati und praesentati. Weber a. a. O. S. 88 f., 100 f. Zachariä, Handbuch des königl. sächs. Lehenrechtes §. 83 f. 2. Ausg.

20) Vgl. den Artikel Güterrechte der Ehegatten Bd. IV, S. 925.

21) Wie bei Gemeindegütern. Vgl. J. Weiske, pract. Unters. Heft III.

22) Beispiele bei Mittermaier a. a. O. §. 155, N. 13.

23) Danz, Handb. des teutsch. Privatr. Bd. 2, S. 499. Maurenbrecher Bd. 1, S. 453.

Es lassen sich jedoch diese Wirkungen, je nach der Eigenthümlichkeit der zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, genügend auf andere Weise erklären. — Man hat auch das Eigenthum, je nachdem der Eigenthümer in der Ausübung der Proprietätsrechte beschränkt ist oder nicht, in ein beschränktes (sog. dominium limitatum) und unbeschränktes (sog. dominium illimitatum) eingetheilt. Bei beschränktem Eigenthum hat man ferner zwei Fälle unterschieden, den einen, wo der Eigenthümer die Proprietät einstweilen gar nicht ausüben kann, sondern ein anderer dazu ausschließend berechtigt ist, den anderen, wo die Ausübung der Proprietät nur zum Theil beschränkt ist. Im ersten Falle hat man das beschränkte Eigenthum ein ruhendes (sog. dom. quiescens s. dormiens) oder natürliches (sog. dom. naturale) genannt und demselben das bürgerliche (sog. dominium civile s. interimisticum) entgegengesetzt, worunter das ausschließende Recht zur einstweiligen Ausübung der Eigenthumsrechte eines Anderen, welcher dasselbe für jetzt auszuüben verhindert ist, verstanden wurde[24]). Diese neueren Kunstausdrücke werden in den neueren Systemen des römischen Rechtes selten mehr gebraucht und eben nur als Erzeugnisse der späteren Doctrin erwähnt. Zum Wesen des Eigenthums gehört nicht, daß alle darin enthaltenen Rechte immer in einer Person, der des Eigenthümers, vereinigt sind; es können vielmehr einzelne Bestandtheile davon getrennt werden, wodurch wieder selbstständige Rechtsverhältnisse entstehen, wie Servituten, superficies, emphyteusis: das Eigenthum bleibt aber dennoch dabei bestehen, selbst wenn der Eigenthümer weder Besitz, noch Gebrauch, noch Fruchtgenuß, noch Dispositionsrecht hat[25]). Eine immerwährende Dauer des letzteren Zustandes ist mit dem Begriffe des Eigenthums nicht vereinbar und daher unzulässig; wohl aber kann ein Zustand geringerer Beschränkung fortdauernd sein. Derartige Beschränkungen des Eigenthums sind Ausnahmen von der Regel, indem unbeschränktes Eigenthum regelmäßig anzunehmen ist, und sie unterliegen deshalb einer strengen Auslegung[26]). Solche Beschränkungen können ihren Grund haben[27]), 1) in dem Dasein anderer Rechte, welche sich unmittelbar auf die fraglichen Sachen beziehen und sowohl dem Privatrechte als dem öffentlichen Rechte angehören können; zu den ersteren gehören die sog. iura in re, zu den letzteren Leistungen an den Staat und Gemeinden; 2) in Privatwillkür, deren Grenzen durch das Wesen und den Begriff des Eigenthums selbst, durch die bestimmte Form der übrigen Rechte an

---

24) Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 71. So hat man der Ehefrau an der dos während der Ehe ein dominium dormiens, dem Ehemann ein dominium civile zugeschrieben.

25) Sintenis, gem. Civilr. Bd. 1, S. 474.

26) L. 1. 3. §. 2. L. 68 pr. D. (7. 1.) L. 13. §. 1. L. 23. D. (8. 3.) L. 13. §. 1. D. (8. 4.) L. 8—11. C. III. 34.

27) S. vorzüglich Sintenis a. a. O. S. 474 f.

Sachen und durch die rechtliche Natur der Veräußerungsverbote bestimmt werden; 3) in gesetzlichen Beschränkungen[28]), von denen man zwei Classen unterscheiden kann, solche, welche alle Sachen, die sich im Vermögen befinden, ergreifen können[29]), und solche, welche nur das Eigenthum an Grundstücken berühren oder damit im Zusammenhange stehen. In Bezug auf diese ist der Grundsatz als wichtig vorauszuschicken, daß nicht nur Grund und Boden, sondern auch alles was sich darauf und darüber mit Einschluß des Luftraumes über dem Grundstücke, oder was sich unter Grund und Boden befindet, dem Grundeigenthümer gehört, folglich seine Eigenthumsrechte sich hierauf erstrecken. Die darauf bezüglichen Beschränkungen sind entweder im Privatinteresse, namentlich der Nachbarn, oder im öffentlichen Interesse begründet und bestehen immer darin, daß der Eigenthümer etwas, zu dem er als Eigenthümer eigentlich berechtigt ist, unterlassen, oder etwas, was er eigentlich nicht zu leiden hätte, dulden muß. Im Privatinteresse sind folgende Beschränkungen begründet: a) die Beschränkung des Grundeigenthümers in Ansehung fremder zufällig auf sein Gebiet gekommener Sachen, namentlich der von fremden Bäumen auf sein Gebiet herübergefallenen Früchte durch die ad exhibendum actio bezüglich das interdictum de glande legenda[30]); b) die Beschränkung des Grundeigenthümers in Ansehung der auf seinem Grundstücke stehenden Bäume, insoweit sie dem Hause des Nachbars oder einem Feldgrundstücke Schaden zufügen, durch das interdictum de arboribus caedendis[31]); c) der Grundeigenthümer darf

---

28) Dirksen, in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 2, S. 405 f. Ausgeschlossen sind hier die allgemeinen Beschränkungen der Ausübung von Rechten, die nur eine Zeitlang währenden Beschränkungen, wie der gesetzliche Nießbrauch, die Fälle des sog. dominium quiescens, wie bei der dos für die Ehefrau und dem tignum iunctum; weiter die Veräußerungsverbote und die aus dem Eigenthum entstehenden Obligationen, z. B. zur cautio damni infecti und bei den Verhältnissen der Miteigenthümer. Sintenis a. a. O. S. 475, N. 20.

29) Dahin gehören nur die gesetzlichen Hypotheken, welche aber mit Ausnahme der Hypothek für die Grundsteuern an Grundstücken, ein besonderes Verhältniß eines gewissen Eigenthümers voraussetzen. Sintenis a. a. O.

30) L. 5. §. 3—5. L. 9. §. 1. D. (10. 4.) L. un. D. (43. 28.) Ueber das Interdict vgl. den Artikel Interdicte Bd. V, S. 546 f.

31) L. 1 pr. §. 1 sq. D. (43. 27.) Ueber dieses Interdict vgl. den Artikel Interdicte Bd. V, S. 537—541. Die in Ansehung der unter a und b gedachten gemeinrechtlichen Beschränkungen des Eigenthums herrschenden Zweifel und Streitfragen erledigen sich durch die fast überall sich findenden localen Gewohnheiten oder Statuten über diese Verhältnisse, wornach der Nachbar die über seine Grenzen ragenden Zweige eines fremden Baumes, soweit sie über die Grenze gehen, abzuschneiden befugt ist, den Baum selbst aber dulden muß. In den Ländern sächsischen Rechtes gilt vermöge der Rechtsbücher des Mittelalters (Sächs. Landr. Bd. 2, Art. 52. Magdeb. Weichb. Art. 125, 126) der Grundsatz, daß der Grundeigenthümer, an dessen Grenze ein fremder Baum steht, die in sein Grundstück herüberhängenden Zweige dieses Baumes, soweit sie in dasselbe hineinragen, eigenmächtig und ohne vorhergehende Benachrichtigung

auf seinem Grundstücke nichts unternehmen, wodurch der Luftzug von der Dreschtenne des Nachbarn abgehalten wird [32]; d) der Grundeigenthümer darf auf seinem Grundstücke nichts unternehmen, wodurch der Abfluß des Regenwassers auf eine Weise geändert wird, welche dem Grundstücke des Nachbars nachtheilig ist; widrigenfalls steht dem Nachbar die aquae pluviae arcendae actio zu [33]; e) der Grundeigenthümer darf auf seinem Grundstücke nichts unternehmen, wodurch geradezu, oder wenigstens in Folge eines besonderen Zweckes, Gewerbes u. s. w., Rauch, Dampf, Staub, Bruchstücke von Steinen u. dgl. in ungewöhnlichem Maße auf des Nachbars Grundstück hinübergeleitet oder befördert werden [34]; f) der Grundeigenthümer darf auf seinem Grund und Boden nichts unternehmen, wodurch das Gebäude des Nachbars gefährdet wird, z. B. durch Mistgruben [35]. — Andere im römischen Rechte sich findende Beschränkungen des Eigenthums sind veraltet und nicht mehr anwendbar [36]. — Im öffentlichen Interesse, oder auch in Rücksicht auf Religion war die Verbindlichkeit des Grundeigenthümers

---

des Baumeigenthümers abhauen, und wenn er solche Aeste duldet, den sogenannten Ueberfall, d. h. die herüberhängenden Früchte sich zueignen darf. Haubold, Lehrb. des königl. sächs. Privatr. §. 362. Heimbach, Lehrbuch des particulären Privatr. der zu den Oberappellationsgerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder §. 316.

32) L. 14. §. 1. C. III. 34. Diese Vorschrift betrachten als veraltet und daher nicht mehr anwendbar: Bülow und Hagemann, pract. Erört. Bd. 4, S. 16 f., weil es ein römisches Polizeigesetz sei. Die Unanwendbarkeit dieses Gesetzes in Teutschland möchte wohl mehr darauf zu gründen sein, daß dasselbe für den Süden berechnet ist, wo überall offene Dreschtennen sind und daher die Abhaltung des Luftzuges durch Aufrichtung von Gebäuden die Absonderung der Spreu von den Körnern hindert, wogegen in unserem Klima die Dreschtennen gewöhnlich bedeckt sind. Jedenfalls ist das Gesetz nicht über den darin enthaltenen Fall auszudehnen, und es können sich daher Eigenthümer von Windmühlen nicht darauf berufen, um den Nachbar zu verhindern, Gebäude in der Nähe der Windmühle aufzurichten, wodurch der Luftzug von derselben abgehalten wird.

33) Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae XXXIX. 3. Vgl. den Artikel Actio aquae pluviae arcendae Bd. I, S. 54—56.

34) L. 8. §. 5. D. (8. 5) und dazu Spangenberg, im Arch. f. civilr. Prax. Bd. IX, S. 265 f.

35) L. 17. §. 2. D. (8. 5.)

36) Z. B. die Bestimmung über die Entfernung, in welcher Gebäude, Düngergruben, Brunnen, Gräben und weitschattende Bäume von der Grenze stehen müssen (L. 13. D. (10. 1)), die aus der Solonischen Gesetzgebung entlehnt waren und auch noch in dem Prochirum des Basilius, in den Basiliken und in dem Prochirum des Harmenopulus, wenngleich nicht ganz gleichförmig, vorkommen, Proch. tit. 38. c. 50. 51. Basil. LVIII. 9. 13 (aus dem Scholium zur Synops. Basil. p. 490). Harmenop. Proch. Lib. II. p. 1. 4. §. 89. edit. Heimbach. Ferner gehören hierher die der Baupolizei angehörigen Vorschriften in L. 12. 13. C. VIII. 10. An die Stelle dieser Bestimmungen treten jetzt particularrechtliche Vorschriften. Die Vorschriften in L. 3. 6. C. de metallariis XI. 7. (6.) gehören zum Theil dem öffentlichen Rechte an; die in L. 13. §. 1. D. (8. 4) beziehen sich nur auf ein locales Gewohnheitsrecht. Die

begründet, zur Herstellung öffentlicher Wege den Grund und Boden im Nothfalle herzugeben[37]), ingleichen einen Weg zu einem Begräbnißplatze auf seinem Grundstücke gegen Entschädigung zu gestatten[38]). Andere im römischen Rechte begründete gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums sind, da sie mehr dem öffentlichen Rechte angehören, namentlich polizeilicher Natur sind, nicht mehr als anwendbar zu betrachten[39]). — Beschränkungen der Befugniß zur Veräußerung können in gesetzlicher Bestimmung, oder in einem Vertrage, oder in testamentarischer Bestimmung ihren Grund haben[40]). Heimbach sen.

Protestation (Verwahrung), heißt die ausdrückliche Erklärung, wodurch man sich gegen eine möglicherweise nachtheilige Auslegung einer Aeußerung oder Handlung, der eigenen oder fremden, selbst gegen eine nachtheilige Auslegung des bloßen Schweigens zu sichern sucht. Die Römer brauchen dafür den Ausdruck testatio contrariae voluntatis. Besteht die Erklärung darin, daß man eine in allgemeinen Ausdrücken erfolgte Verzichtleistung oder Rechtsübertragung einschränkt, mit anderen Worten, sich ein Recht vorbehält, dessen Aufgebung aus einer Handlung oder Aeußerung gefolgert werden könnte, so heißt die Erklärung Reservation (Rechtsvorbehalt)[1]). Die Protestation ist namentlich in den Fällen von Nutzen, wo eine Willenserklärung geradezu fingirt wird, zu dem Zwecke, um diese Fiction auszuschließen[2]). Eine solche Willenserklärung wird fingirt z. B. bei dem sog. mandatum praesumtum[3]), bei den gesetzlichen oder stillschweigenden Hypotheken[4]), bei der Einwilligung

---

Meinung Einiger, welche sich auf L. 17 pr. D. (8. 5) stützen, daß man die Bauchung einer nachbarlichen Wand dulden müsse, wenn sie nicht einen halben Fuß von der Grenzlinie betrage und erst dann nach Aufstellung der Bauchung klagen könne, wenn dieselbe mehr betrage, ist deshalb verwerflich, weil dieses Maß nur beispielsweise und zufällig gewählt ist. Sintenis a. a. O. Bd. 1, S. 477, N. 33.

37) L. 14. §. 11. D. (8. 6.)

38) L. 12 pr. D. (11. 7.)

39) L. 8 pr. D. (11. 7.) L. 3. §. 5. D. (47. 12.) L. 12. C. III. 44. L. 52. D. (18. 1.) L. 48. D. (39. 2.) L. 2. 6. C. VIII. 10. Sintenis a. a. O. S. 477.

40) Vgl. darüber Sintenis a. a. O. Bd. 1, S. 404 f.

1) Mühlenbruch, Pandectenrecht Bd. I, §. 123. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I, S. 154, 155.

2) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. III, S. 256. In der früheren Doctrin war in diesen Fällen wohl von einem consensus praesumtus die Rede, womit aber nichts gewonnen ist. Sintenis a. a. O. S. 154, 155, N. 24.

3) L. 35. pr. D. (3. 3.) L. 21. D. de procurat. (2. 12. (13.)) Siehe über diese Fälle Savigny a. a. O. S. 254 f.

4) Der Ausdruck pignus tacite contrahitur, scheint allerdings auf eine stillschweigende Erklärung hinzudeuten, allein andere Ausdrücke deuten auf eine Fiction hin. L. 4. pr. D. (20. 2.) quasi id tacite convenerit. L. 6. pr. D. eod. tacite intelliguntur pignori esse. Savigny a. a. O. S. 254, N. c.

des Pfandgläubigers in die Veräußerung oder neue Verpfändung der Sache, welche stets als freiwilliger Verzicht auf das eigene Pfandrecht oder wenigstens als Einräumung des Vorzuges an den neuen Gläubiger ausgelegt wird [5]); ferner in den Fällen des als Einwilligung geltenden bloßen Stillschweigens, in welchen in Wahrheit weder Einwilligung noch Widerspruch möglich ist [6]). In den meisten dieser Fälle kann die Fiction der Willenserklärung durch die ausdrückliche Gegenerklärung oder Protestation ausgeschlossen werden [7]). Nur in einigen ausgenommenen Fällen ist die Protestation entweder undenkbar [8]), oder nach positiven Rechtsregeln unzulässig [9]). Protestation sowohl als Reservation ist ungiltig, wenn sie mit denjenigen Rechtssätzen, welche der Abänderung durch Privatwillkür nicht unterworfen sind (ius publicum pactis privatorum mutari nequit) im Widerspruche steht [10]), oder der einseitigen Verfügung des Erklärenden nicht unterliegt [11]). Auch ist es nothwendig, daß sie nicht zu spät erfolge [12]), auch nicht mit der Handlung oder Aeußerung im Widerspruche stehe (protestatio facto contraria) [13]). Die Protestation darf ferner nicht so mißverstanden werden, als sei dadurch die Aufhebung von Wirkungen möglich, welche von der

---

5) L. 4. §. 1. L. 7. pr. D. (20. 6.) — L. 12. §. 4. D. (20. 4.) S. Savigny a. a. O. S. 255, N. d. In der früheren Zeit wurde wohl auch der Fall der negotiorum gestio hierher gezählt, und auf Seiten des Geschäftsherrn ein sog. consensus praesumtus oder auch fictus angenommen. S. dagegen Glück, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 322, 323.

6) Z. B. bei der Adoption oder Emancipation eines noch im Kindesalter stehenden, bei der wahnsinnigen Tochter, deren Vater ihre dos nach Auflösung der Ehe zurückfordern will. Savigny a. a. O. S. 255.

7) So bei dem vermutheten Auftrage (L. 40. §. 4. D. (3. 3.)) bei der Einwilligung des Pfandgläubigers in den Verkauf des Pfandes (L. 4. §. 1. D. (20. 6.)) in den meisten Fällen des stillschweigenden Pfandrechtes. Savigny a. a. O. S. 256.

8) Wie bei der Adoption oder Emancipation eines Kindes oder bei der Klage auf die dos einer wahnsinnigen Tochter. Savigny a. a. O. S. 256.

9) Z. B. in manchen Fällen des stillschweigenden Pfandrechtes; wie bei der dos, wo die Frau diesem Pfandrechte nach römischem Rechte nicht entsagen und bei der Hypothek der Unmündigen und Minderjährigen an den Gütern des Vormundes, gegen welche sich der Vormund durch keine Protestation schützen kann. Savigny a. a. O. S. 250, 257.

10) L. 51. §. 2. D. (29. 2.) Siehe über diese Fälle Mühlenbruch a. a. O.

11) L. 7. pr. D. (4. 9.)

12) L. 31. D. (9. 2.) Arg. L. 15. D. (17. 1.) L. 16. D. (14. 6.) Ist die Handlung erst später zur Kunde des Betheiligten gekommen, so bedarf es keiner Protestation, außer in den besonderen Fällen, in welchen sein blos leidendes Verhalten und Schweigen ihm nachtheilig ausgelegt werden würde. Sintenis a. a. O. S. 155, N. 26. Vergleiche über diese Fälle Sintenis S. 156, N. 28.

13) Cap. 54. i. f. X. (2. 28.) Thomasius de protestatione facto contraria (in der Hall. Diss. Samml. T. II. nr. 43).

Einwilligung des Protestirenden nicht abhängen[14]), oder als könnte sie zur Entkräftung schon begründeter Rechte anderer dienen[15]). — In den neueren Hypothekengesetzgebungen kommt die Protestation als Mittel vor, um in den Fällen, wo die in das Hypothekenbuch zu bewirkende Eintragung des erworbenen Rechtes, oder die Löschung oder Abänderung, worauf der Protestirende Anspruch hat, wegen eines noch zu beseitigenden Mangels nicht sofort erfolgen kann, vom Protestirenden gewisse Nachtheile abzuwenden; sie hat, wenn sie in das Hypothekenbuch einzutragen ist, die Wirkung, daß von der Eintragung an nichts weiter im Hypothekenbuche zum Nachtheil des Rechtes, dessen Sicherung durch die Protestation bezweckt wurde, unternommen werden kann[16]). — Im römischen Rechte findet sich in Bezug auf die Unterbrechung der Klagenverjährung die Bestimmung, daß, wenn derjenige, gegen welchen die Klage gerichtet werden müßte, durch Abwesenheit, Kindesalter, Wahnsinn unfähig ist, so daß ihm die Klage nicht mitgetheilt und die deshalb ergehende Ladung nicht giltig insinuirt werden kann, und wenn er zugleich keinen Vertreter hat, die bloße Ueberreichung der Klagschrift bei dem Praeses provinciae, oder wenn dieser nicht zugänglich ist, bei dem Bischof oder dem Defensor des Ortes, oder im Nothfall der öffentliche Anschlag der Klagschrift am Wohnorte des Gegners durch Unterschrift eines Notars (tabularius), oder in dessen Ermangelung dreier Zeugen zur Unterbrechung jeglicher Verjährung genügen soll[17]). Die Neueren haben daraus ein eigenes remedium protestationis ex L. 2. C. de annali exceptione VII. 40 gemacht[18]). Die Vorschrift bezieht sich eigentlich nur auf die Ersitzung, sowohl die gewöhnliche, als die außerordentliche[19]). Allein der gleiche Grund tritt bei der Klagenverjährung überhaupt ein, daher auch die Zulässigkeit der Unterbrechung der Klagenverjährung auf diesem Wege nicht bezweifelt wird[20]). Bei der Uebergabe der Klagschrift bei der Behörde muß zugleich angeführt werden, daß man den Gegner selbst nicht verklagen könne und daß man

14) L. 7. pr. i. f. L. 9. pr. D. (4. 9.) L. 14. D. (6. 2.)

15) L. 2. 3. pr. D. (46. 3.)

16) Z. B. Altenb. Gesetz über die Grund- und Hypothekenbücher vom 13. October 1852 §. 22, 23.

17) L. 2. C. de annali exceptione Italici contractus tollenda VII. 40. Vgl. darüber Marezoll in Löhr Magazin Bd. 4, N. 19, S. 379 f. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I, S. 454. Selbstverständlich fällt das, was vom Bischof und Defensor gesagt ist, heutzutage weg, und an die Stelle des Statthalters der Provinz tritt jetzt das Gericht, wo die Klage zu erheben ist.

18) Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 35 f.

19) Wenigstens wird im Eingange der Constitution ausdrücklich der Fall vorausgesetzt: si quando abfuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet.

20) Unterholzner a. a. O. S. 455 f. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. V, S. 319. Letzterer gedenkt der ursprünglichen Beschränkung auf die Ersitzung gar nicht, sondern bezieht die Gesetzstelle auf Klagenverjährung überhaupt.

sich daher auf diese Weise vor Erlöschung der Klage sichern wolle[21]). Außergerichtliche Protestation gegen den Ablauf der Verjährung genügt nicht[22]). Das Verhältniß dieses Mittels zur Unterbrechung der Klagenverjährung, zu der Restitution wegen Abwesenheit des Beklagten oder dieser gleichstehender Hindernisse, weshalb der Beklagte nicht belangt werden kann, ist bestritten. Manche nehmen an, daß, wo eine Protestation möglich sei, die Restitution nicht mehr anwendbar sei, indem, wer protestirt habe, ipso iure munitus sei, also der Restitution nicht bedürfe; wer aber die Protestation unterlassen habe, seinen Verlust seiner eigenen Schuld zurechnen müsse, ebenso als wenn er einen vorhandenen Procurator oder Defensor des Abwesenden nicht in Anspruch genommen hätte[23]). Die herrschende Meinung ist aber dafür, daß dem Berechtigten zwischen beiden Rechtsmitteln die Wahl zustehe[24]). Für letztere spricht, daß neben den Verordnungen über Protestation gegen die Verjährung auch die Grundsätze über Restitution wegen Abwesenheit des Beklagten in bester Eintracht weitläufig in Pandecten und Codex aufgenommen sind; daß ein correctorisches Gesetz streng auszulegen und auf das, was der Gesetzgeber vom älteren Rechte nicht hat aufheben wollen und was nicht geradezu unvereinbar mit dem neuen Gesetze ist, nicht zu beziehen ist, daher das nicht Aufgehobene und nicht Unvereinbare bestehen bleibt[25]). Noch ist aber für die herrschende Meinung anzuführen, daß noch lange nach Justinian im oströmischen Reiche beide Rechtsmittel neben einander bestanden haben, wie sich daraus ergiebt, daß beide in den Basiliken ihre Stelle gefunden haben[26]), worauf um so mehr Gewicht zu legen ist, als diese eine ἀνακάθαρσις

---

21) L. 2. C. cit. verb.: et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora.

22) Schon das publice proponere in L. 2. C. cit. schließt die außergerichtliche Protestation ohne weitere Förmlichkeiten aus. Marezoll a. a. O. S. 381 f. Daß dasjenige, was von Notar oder Zeugen unterschrieben, öffentlich angeschlagen werden soll, der libellus actionis ist, ergiebt theils der ganze Zusammenhang der Gesetzstelle, theils wird es in Basil. lib. L. tit. 15. cap. 2. ed. 1. Heimb. T. V. p. 83 ausdrücklich gesagt. Der dort ersichtliche Auszug der Constitution ist von Thaleläus. Kürzer ist die Summe der Constitution in Basil. lib. VII. tit. 12. cap. 3. ed. Heimb. T. I. p. 299, welche wahrscheinlich von Theodorus ist und des libellus actionis nicht erwähnt, so wenig wie des im Nothfall zulässigen öffentlichen Anschlages.

23) Duarenus, ad tit. Dig. ex quib. caus. maior. (in Opp. p. 129). Vinnius ad §. 5. Inst. de action. Böhmer, introd. in ius Dig. IV. 6. §. 2. und andere von Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 181, N. 93 angeführten Schriftsteller.

24) Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 37 f. Burchardi a. a. O. S. 180—182. Savigny, System des heut. römischen Rechtes Bd. VII, S. 184. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I, §. 36, N. 115. S. 388.

25) Burchardi a. a. O. S. 182.

26) Von der Restitution wegen Abwesenheit handelt Basil. lib. X. tit. 35. 36, von der Protestation Basil. lib. VII. tit. 12. cap. 3. lib. L. tit. 15. cap. 2.

τῶν παλαιῶν νόμων, eine repurgatio veterum legum sein sollten, welche das noch practische justinianeische Recht mit Ausscheidung alles Veralteten oder sonst nicht mehr Anwendbaren enthielte. Heimbach sen.

Protocoll, Registratur. Unter Protocollen versteht man Schriften, in welchen das, was in Gegenwart einer zur Abfassung solcher Schriften verpflichteten öffentlichen Person bei einer öffentlichen Behörde sich zugetragen hat, von ersterer niedergeschrieben worden ist. Im besonderen begreift man unter Protocollen solche Niederschriften, in denen rechtsverbindliche Erklärungen der vor der Behörde erschienenen Personen enthalten sind; einfache Registraturen nennt man dagegen solche Schriften, in denen dergleichen Erklärungen nicht enthalten sind. Die Gesetze erfordern daher bei jenen besondere Förmlichkeiten und Voraussetzungen zur Giltigkeit[1]) derselben.

Regesta hießen bei den Römern die acta publica, welche in die commentarii publici eingetragen wurden, indem das Eintragen selbst mit regerere bezeichnet wurde[2]). Aus diesem regerere und regesta ist das Wort registra, registrum als das Buch, welches memoriam rerum gestarum continet und das Wort regestrare, registrare entstanden, welches ebensoviel als ad acta referre bedeutet. In der Notariatsordnung v. J. 1512 wird Register das Buch genannt, in welches die Abschriften der ausgegebenen Instrumenta vom Notar eingetragen werden.

Protocollum bedeutet in der Nov. 44. c. ult. die am Rande der zu gerichtlichen Geschäften bestimmten charta pura befindliche annotatio, welche den Namen des Comes largitionum und die Zeit der Anfertigung der charta enthielt. Es glich dasselbe gewissermaßen dem heutigen Stempelpapier, welches die Bezeichnung oder das Wappen des Landes trägt, wo es Giltigkeit haben soll. Vorzugsweise wurde später das Wort protocollum von der ersten Niederschrift des Notars über eine vor ihm vorgenommene Handlung, vor dem Eintragen in das von ihm zu haltende Buch verstanden[3]).

Das Extensum, das eigentliche Notariatsinstrument ist weder das Protocoll noch die Originalurkunde, welche von den Parteien vollzogen

---

1) Bisweilen hat man auch unter Protocoll die Niederschrift eines Actes der freiwilligen Gerichtsbarkeit und unter Registratur die Niederschrift einer processualischen Verhandlung verstanden. — Noch jetzt spricht man in manchen Ländern von „Kaufs-, Consensprotocollen". Vgl. noch Volkmann, System des sächs. Proc. 51.

2) Vgl. hierüber und über das Folgende Grupen, observ. de forma conficiendi acta ap. Roman. Hanov. 1753.

3) Dies Protocoll hieß im Mittelalter auch eine Imbreviatur, wie insbesondre in der Notariatsordnung §. 5, 15, 17 flg. beide Bezeichnungen gleichmäßig gebraucht werden. Die Franzosen sprechen noch von brevet, welches für la première note et schede gebraucht wird.

worden ist, sondern die Ausfertigung des Notariatszeugnisses über das Verhandelte. Dasselbe stützt sich auf das Protocoll und bedarf zur vollständigen Beweiskraft der Genehmigung der Parteien. Die Ingrossirung der Ausfertigung ist die Reinschrift der Ausfertigung, welche von dem Notar selbst geschehen soll. Die Notariatsordnung unterscheidet daher auch zwischen Einsetzung und Aufschreibung der Protocolle, der Ausstreckung derselben, (die Concipirung des Extensi aus dem Protocolle) und die Ingrossation[4]). Das Protocoll des Notars dient nach der Notariatsordnung nicht blos zur Unterlage der Instrumente, sondern die letzteren sollen auch abschriftlich zu dem Protocolle genommen werden, um im Falle des Verlustes oder der Anfechtung eines Instrumentes auf das Protocoll zurückgehen zu können.

Zur Niederschrift der Protocolle ist in den Gerichten ein besonderer Beamter angestellt, dessen Function mit der des Richters nichts gemein hat. Dieser Beamte wird Actuar, Gerichtsschreiber, Secretär, Protocollant, Greffier u. s. w. genannt. Schon das römische Recht verlangte zur Beurkundung gewisser Geschäfte die Zuziehung der hierzu bestimmten Beamten. Die scribae, exceptores, hypomnematographi, commentarienses, notarii[5]) gehörten zu dem officium des Richters, d. i. zur Canzlei desselben[6]), dergestalt, daß dem Magistrate oder Richter nur in officio ein Libell überreicht und von ihm nur daselbst ein Urtheil gesprochen werden konnte[7]). Ebenso verordnete das kanonische Recht, daß bei gerichtlichen Verhandlungen der Richter einen Notarius oder statt dessen zwei glaubhafte Zeugen beiziehen solle[8]). Ueberhaupt war es schon frühzeitig Regel, daß das Gericht nur dann als gehörig constituirt angesehen wurde, wenn Richter und Gerichtsschreiber zugegen

---

4) §. 8, 13, 14, 15, 21 der Notariatsordnung. — Vgl. noch c. 17. Cod. de fide instrum.: Instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata, et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita praecesserint, vel a scheda conscripta vel ab ipso mundo, quod nec dum est impletum vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare.

5) Ueber die Bedeutung dieser Bezeichnungen vgl. Grupen l. c. — Notarii werden die Beamten von den notis genannt, die die Geschwindschreiber anwendeten. Vgl. noch fr. 33. §. 1. ex quib. caus. mai. Rivini excercit. iur. civ. ad Modestini casus enucleat. Lips. 1727. §. XIII. Glück, Erl. d. Pand. Bd. VI, §. 528. S. 450 flg.

6) Vgl. Grupen l. c.

7) C. 1. Cod. Theod. de offic. rect. — C. 6. Cod. de sentent. Von den officiis praesidis et proconsulis fr. 4. §. ult. de fugit. — C. 1. Cod. de praescr. 30. vel. 40. annor. — Vgl. noch c. 3. Cod. quando fisc. — Const. 33. de decur. — C. 18. de testam. — Hierauf bezieht sich auch fr. 45. §. 8. de iure fisci. Die exceptores mußten die libelli annehmen (fr. 72. de furtis). — Daher die Ausdrücke apud officium cavere it. apud acta promittere (fr. 37. de in ius voc.), — — apud officium deponere (fr. 7. §. 2. qui satisdat).

8) Cap. 28. X. de test. et attest. — Cap. 11. X. de probat.

waren, von denen jenem die Leitung und Entscheidung, diesem die Beurkundung der Verhandlung zukam. Die Carolina verlangte ausdrücklich, daß neben dem Richter und den Schöppen noch ein besonderer Gerichtsschreiber angestellt und mit einem besonders vorgeschriebenen Eide auf die pünktliche und genaue Niederschrift der Verhandlungen verpflichtet werde[9]). Die gemeine Praxis gestattete in Strafsachen die Vertretung des Actuars durch den Richter selbst dann nicht, wenn dieser zugleich auf das Amt des Gerichtsschreibers besonders vereidet sein sollte[10]). Dieselbe erblickt in dem Actuar keineswegs eine von dem Richter abhängige Schreibmaschine[11]), sondern einen selbstständigen Beamten, der für die Richtigkeit der Aufzeichnung verantwortlich ist[12]) und daher ebenso wie der Richter abgelehnt werden kann[13]). Dem Actuar kann daher das Recht nicht entzogen werden[14]), Zweifel gegen die Auffassung des Richters zu erheben und gegen Anmuthungen, der Wahrheit zuwider, ein Protocoll oder einzelne Theile desselben aufzunehmen, zu protestiren[15]). Für das gemeine Recht muß in Betreff der Civilsachen immer noch der Satz, daß der Richter und der Actuar das Gericht bilden, festgehalten werden[16]). Allerdings ist durch die Particulargesetzgebung, weniger in Strafsachen[17]), aber wohl in bürgerlichen Streitsachen, der Satz insoweit abgeändert worden, daß der Richter die Protocollirung des Geschäftes übernehmen kann, vorausgesetzt, daß nur im übrigen die erforderliche Zahl der Beisitzer u. s. w. vorhanden ist[18]).

---

9) Art. 5. 46. 47. 56. 94. 181.

10) Bauer, Lehrb. d. Strafproc. §. 30. Meister, Abh. d. peinl. Proc. I, Abschn. 5, §. 5.

11) Vgl. Puchta, Dienst teutscher Justizämter I, S. 198 flg. Dagegen z. B. Bayer, Strafgesetzbuch Art. 39 in Verb. mit Gönner, Jahrbuch der Gesetzgebung Bd. III, S. 203.

12) Jagemann, Handb. d. Unters. K. Bd. I, S. 677.

13) Vgl. hierüber Mittermaier, das teutsche Strafverf. Bd. I, §. 39 (S. 194 flg. der 3. Ausg.). Müller, Lehrb. d. Strafproc. S. 86. Glück, Erl. d. Pand. §. 528 (Bd. VI, S. 459). Hofacker, princ. iur. civ. III. §. 4256. nr. III.

14) Linde, Lehrb. §. 84. Puchta a. a. O. §. 66. Jagemann, Handb. §. 606.

15) Bei fortgesetzter Weigerung wird der Richter die Protocollirung selbst übernehmen oder einen anderen Protocollführer zuziehen.

16) Vgl. Martin, Lehrb. d. bürg. Proc. §. 40. Heffter, Institut. des Civilprocesses S. 171. Leyser, Med. ad Pand. sp. 71. med. 1—3. — Vgl. dagegen Glück a. a. O. §. 527, S. 449.

17) Vgl. Mittermaier a. a. O. Vgl. jedoch z. B. königl. würtemb. Strafproceßordnung Art. 51, welche dem Untersuchungsrichter die Protocollführung als Pflicht auferlegt und ihm nur das Dictiren des Protocolles an einen Gehilfen nachläßt. Bei mündlichen Verhandlungen verlangen die neuen Strafprocesgesetze unbedingt die Zuziehung eines Gerichtsschreibers.

18) Vgl. Martin a. a. O. So gestattet das sächs. Recht die Aufnahme des Protocolles durch den Richter in Strafsachen, dafern nur statt des Actuars noch ein Gerichtsbeisitzer beigezogen wird, indem der Richter, Actuar und zwei

Namentlich ist bei Patrimonialgerichten häufig in Folge der Landesgesetzgebung und Praxis [19]) die Vereinigung beider Aemter in einer Person gestattet und in die Eidesformel für den Richter die Verpflichtung als Actuar mit aufgenommen worden. Man wird daher zwar für das positive Recht, nicht aber für die teutsche Praxis [20]) den Satz festhalten können, daß die Protocolle von einem, von dem Richter getrennten, Individuum aufgenommen werden müssen. Der Richter kann nach einigen Landesgesetzen dem Gerichtsschreiber das Protocoll dictiren. Einzelne Gesetzgebungen, welche dem Protocollanten eine selbstständigere Stellung einräumen, gestatten [21]), daß zur Aufnahme von Protocollen nach den Dictaten des Richters auch Gerichtsbeamten, welche zur Aufnahme von selbstständigen Protocollen nicht befähigt sind, verwendet werden können; für die Richtigkeit solcher Protocolle, bei deren Aufnahme besondere Vorschriften noch zu beobachten sind, haftet jedenfalls der Richter allein. In Strafsachen wird die Dictirung der Verhörsprotocolle stets eine mißliche Sache bleiben [22]).

Zur Giltigkeit des Protocolles gehört zunächst nun, daß der, welcher es abgefaßt hat, hierzu die erforderliche Qualification besessen habe. Man verlangt die besondere Verpflichtung des Beamten zur getreulichen Abfassung von Protocollen. Bestritten ist es, ob ein von einem nicht vereideten Actuar aufgenommenes Protocoll dadurch Giltigkeit erlange, daß der Actuar nachträglich verpflichtet werde und hierbei die Richtigkeit des Protocolles versichere [23]). Mißlich wird ein solcher Ausweg immer bleiben, da das von einem vereideten Actuar aufgenommene Protocoll präsumtiv in Erinnerung der aufhabenden Eidespflicht verfaßt worden ist, während bei einer späteren Vereidung möglicherweise der Schwörende in die unangenehme Nothwendigkeit versetzt werden kann, ein nachlässig verabfaßtes Protocoll zu beschwören oder seine Nachlässigkeit einzuräumen.

Schöppen die besetzte Gerichtsbank in Strafsachen bilden. Nicht minder gestattet dasselbe unbedingt dem Richter die Aufnahme von Protocollen in Civilsachen.

19) Vgl. hiergegen Oberländer, im Archiv f. d. civ. Prax. Bd. III, S. 135 flg. Linde, Lehrbuch des teutschen gem. Civilproc. (Ed. V.) §. 83. Heffter a. a. O.

20) Vgl. noch Danz, ord. Proc. §. 45. Glück a. a. O. S. 453.

21) Z. B. die königl. sächs. Gesetzgebung des Jahres 1840.

22) Vgl. noch v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde Bd. I, S. 603, 613.

23) Leyser, l. l. med. 8. Danz, Grunds. d. ord. Proc. §. 45. Glück a. a. O. S. 453. Dagegen Linde a. a. O. §. 83, Anm. 6. Berger, El. proc. p. 39 und Supplem. P. II. p. 47. Martin, Rechtsgutachten S. 112 flg. Oberländer S. 135. Auch nach dem sächsischen Proceßrechte muß die Zulässigkeit dieses Ausweges vereint werden (vgl. Osterloh, d. ord. bürg. Proc. §. 110, Anm. 11), obschon sie von Biener, Syst. proc. §. 26. not. 4 bejaht wird.

Das Protocoll muß enthalten: die Angabe der Zeit und des Ortes der Abfassung, — den Namen und das Dienstprädicat des Verfassers, sowie die Namen und Dienstprädicate der zugezogenen Gerichtspersonen[24], — die Namen u. s. w. der anwesenden Betheiligten[25] — und die getreue und genaue Angabe des Verhandelten. In der Regel wird ein Eingang des Protocolles gewählt, aus welchem hervorgeht, daß eine Verhandlung stattgefunden habe, z. B. das Wort Actum oder Geschehen, und ebenso ein Schluß, wie z. B. „so geschehen, wie oben," um anzudeuten, daß das Protocoll wirklich beendigt und ununterbrochen begonnen und geschlossen worden sei, da Fortsetzungen protocollarischer Aufnahmen besonders anzugeben und als neue Protocolle zu behandeln sind[26].

Die Protocolle sollen in der Regel an Ort und Stelle nach Beendigung der gerichtlichen Verhandlung aufgenommen werden[27]. Bei Besichtigungen ist solches oft unthunlich und daher nachgelassen, daß der Actuar nur die nothwendigen Bemerkungen sich notire, um sodann auf Grund derselben das Protocoll selbst an Gerichtsstelle zu fertigen. Nur dieses, nicht auch jene haben die Kraft einer gerichtlichen Urkunde[28]. Gleiche Rücksichten können bei Aufnahme von Testamenten und anderen Willenserklärungen kranker und gebrechlicher Personen eintreten. Natürlich hängt auch hier die Giltigkeit des Protocolles davon ab, daß die gesetzlichen Vorschriften wegen Feststellung der Wahrheit seines Inhaltes (der Uebereinstimmung mit der Verhandlung) annoch beobachtet werden können. Das Protocoll wird in Fällen dieser Art außerhalb der Gerichtsstelle aufgenommen werden. Dies wird auch vorkommen bei Abhörungen von Personen an Ort und Stelle, wo sie die Wahrnehmungen machten, über die sie aussagen, sowie wenn der Abzuhörende wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit nicht seine Wohnung verlassen kann und daher in der letzteren abgehört wird. Ein besonderes Vor-

---

24) Es kann dies insbesondre in Strafsachen nicht als eine außerwesentliche Form angesehen werden. Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 174 flg. Tittmann Bd. III, S. 107. Die P.-G.-O. Art. 182, 189 verlangt „zu beschreiben, wer jedes Mal dabei gewest sei".

25) Hierbei wird es wichtig, die Identität der Erschienenen, wenn sie dem Gerichte nicht bereits persönlich bekannt sind, sicher zu stellen. Insbesondre gilt dies, wenn verbindliche Erklärungen abgegeben werden. Einzelne Gesetzgebungen enthalten hierüber besondere Bestimmungen. Hierher gehören auch die sog. Recognitions-Registraturen, mittelst deren das Gericht auf einer Urkunde bezeugt, daß der ihm bekannte oder sonst legitimirte Aussteller derselben zu ihr sich bekannt habe. Ueber die Feststellung der Identität enthalten die Landesgesetze meistens besondere Vorschriften. — Notare werden durch einzelne Gesetzgebungen von der Aufnahme solcher Registraturen ausgeschlossen, dagegen wird dieselbe unter gewissen Voraussetzungen Gesandten und Consulen gestattet.

26) Vgl. noch Grolmann, Th. des gerichtl. Verf. §. 156.

27) Vgl. noch Visitationsabschied v. J. 1713 §. 27.

28) Vgl. noch Linde a. a. O.

recht einzelner Stände, die Abhörung in ihren Wohnungen zu beanspruchen, kann, wo nicht Landesgesetze etwas anderes bestimmen[29]), nur in Betreff der Mitglieder des regierenden Hauses anerkannt werden[30]).

Zur Giltigkeit des Protocolles wird ferner verlangt, daß es den Interessenten vorgelesen (oder zum Durchlesen vorgelegt) und von ihnen genehmigt worden ist[31]). Der Mangel der Vorlesung wird auch nicht durch die Unterschrift der Parteien ersetzt, da sie einen unbeachtlichen Verzicht enthalten würde[32]). Auch in Strafsachen ist die Vorlesung des Protocolles unbedingt nothwendig[33]) und die diesfallsige Bemerkung über die letztere in mehreren älteren und neueren Strafproceßgesetzen ausdrücklich vorgeschrieben[34]). Eine theilweise Ausnahme machen die Strafproceßgesetze in Bezug auf das bei der Hauptverhandlung aufgenommene Protocoll[35]). Dasselbe wird nur von dem Präsidenten nach erfolgter Durchsicht unterzeichnet. Eine Vorlesung des Protocolles würde jedoch gerade hier um so zweckmäßiger sein, als durch dieses Protocoll allein, dessen Aufnahme bei Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens vorgeschrieben ist[36]), die Beobachtung der Formvorschriften, von welchen der Rechtsbestand des Verfahrens abhängt, nachgewiesen werden kann[37]).

29) Vgl. z. B. Bayer, G.-B. Art. 205.

30) Vgl. noch die besonderen Vorschriften des französischen Code d'Instr. crim. Art. 510 über die Abhörung der Großwürdenträger und des Justizministers in Strafsachen. Vgl. übrigens noch v. Jagemann, Handb. d. Untersuchungskunde §. 457 und Linde a. a. O. §. 97.

31) Vgl. Martin a. a. O. Visitationsabschied vom Jahre 1713, §. 27. Kind, Quaest. for. III. 47. ed. II. Westphal, Rechtsgutachten Bd. I, S. 15, §. 4. Gensler, Anleitung z. ger. Praxis I, S. 164. — Anderer Meinung ist Hommel, Rhaps. Ops. 573. — Die Vorlesung muß stets langsam und deutlich erfolgen.

32) Das sächs. Proceßrecht geht so weit, daß es zur Giltigkeit sogar die Bemerkung, daß das Protocoll vorgelesen worden sei, in dem letzteren verlangt. Das gemeine Recht schützt hier den Actuar mit der Vermuthung der Legalität, obschon hier eine Form in Frage ist, die unmittelbar die materielle Giltigkeit der Handlung selbst berührt. — Vgl. noch v. Langenn und Kori, Erörterungen Bd. I, S. 200 flg. (Ed. II.)

33) Die P.-H.-G.-O. hat sie zwar nicht ausdrücklich angeordnet, sie ist aber bereits gemeinrechtlich begründet. Kleinschrod, im Archiv des Criminalrechtes Bd. I, S. 31, 109. Böhmer, ad Carpzov. qu. CVIII. Obs. 9.

34) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft §. 689, Anm. 4. Vgl. noch allgem. Criminalrecht für die preuß. Staaten I, §. 56. Bayer, Strafgesetzbuch Th. II, Art. 42. — Dem Ermessen des Richters ist es überlassen, ob er einzelne Punkte sofort nach ihrer Niederschrift behufs ihrer Feststellung vorlesen will, oder das Protocoll seinem ganzen Inhalte nach.

35) Die Vorlesung wird angeordnet in dem königl. sächs. Entwurfe einer Strafproceßordnung.

36) Vgl. auch das franz. Gesetz v. 28. April 1832 Tit. I, Art. 1, Nr. 9.

37) Ebendeshalb ist der Gebrauch gedruckter Formulare für dieses Protocoll nicht zu empfehlen und z. B. in Frankreich, Rheinhessen untersagt.

Die Unterzeichnung des Protocolles durch die Parteien ist kein Erforderniß der Giltigkeit des Protocolles [38]). Sie ist zu empfehlen, um späteren Angriffen auf die Aechtheit des Protocolles vorzubeugen [39]).

Außerdem finden wir noch Ordnungsvorschriften über leserliche und deutliche Handschrift [40]). Auch sollen Abänderungen des Protocolles weder durch Rasuren, noch sonst auf eine Weise vorgenommen werden, daß über dieselben ein Zweifel obwalten kann [41]). Daher sind Interlinearbemerkungen ebensowohl als Durchstreichungen zu vermeiden. Sie werden nur insoweit unbedenklich zuzulassen sein, als die betreffenden Abänderungen schon von selbst mit Nothwendigkeit aus dem Zusammenhange sich ergeben (z. B. dasselbe Wort ist zweimal neben einander aus Versehen geschrieben oder ein, aus dem Zusammenhange mit absoluter Richtigkeit sich ergebendes Wort weggelassen worden) oder auf den Zusammenhang keinen abändernden Einfluß gewinnen können (z. B. es wird ein gleichgiltiges Wort nachgetragen). So verordnen insbesondre auch neue Strafproceßgesetze in Betreff der Protocolle in Strafsachen: „In der Niederschrift des Protocolles darf nichts Erhebliches ausgelöscht, zugesetzt oder verändert werden; was durchstrichen wird, muß noch lesbar sein [42]).“ Die letztgedachte Vorschrift gilt insbesondre auch für civilgerichtliche Protocolle [43]). Wenn Nachträge oder Abänderungen eines Protocolles, insbesondre in Folge der bei dem Vorlesen desselben von den Parteien gemachten Ausstellungen als nöthig sich ergeben, so sind dieselben mittels Randbemerkung an der betreffenden Stelle oder am Schlusse des Protocolles anzubringen [44]) und ist die Richtigkeit derselben, dafern sie als Theile des Protocolles

---

38) In Strafsachen wird sie jedoch von einzelnen Gesetzgebungen vorgeschrieben. Vgl. z. B. würtemb. Strafproceßordnung Art. 56. Preuß. Criminalordnung §. 56, 57. Badische Strafproceßordnung §. 80. Oester. Strafproceßordnung v. 1853 §. 130, 184. v. Jagemann a. a. O. S. 650 flg.

39) Vgl. noch Linde a. a. O. §. 84. — Manche Gesetze verlangen deshalb auch in Strafsachen, daß jede Seite des Verhörsprotocolles von dem Vernommenen mit unterschrieben werde. Code d'Instr. Crim. art. 42. 154. Bayer, Strafgesetzbuch Th. II, Art. 43. Oester. Strafproceßordnung von 1853, §. 130, 184.

40) Vgl. z. B. Osterloh §. 114, Anm. 1 und in Betreff der Strafsachen P.-H.-G.-O. Art. 181 („ordentlich“).

41) Mittermaier, das teutsche Strafverf. §. 85 (Bd. I, S. 411 flg.). Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft §. 689 — sowie Hommel, Rhaps. obs. 630.

42) Vgl. z. B. die thüring'sche Strafproceßordnung Art. 94. Jede Auslöschung wird untersagt: Würtemb. Strafproceßordnung Art. 53. Oester. Strafproceßordnung von 1853 §. 130 („jede Aenderung an dem Texte“).

43) Osterloh a. a. O. Man bedient sich daher in der Regel hier des Unterpunktirens.

44) In der Regel wird die Schlußclausel des Protocolles noch nicht niedergeschrieben sein, wenn dieses vorgelesen wird, so daß der Nachtrag in das Protocoll selbst noch aufgenommen werden kann.

gelten sollen, in gleicher Weise wie dieses selbst zu verificiren[45]. Es bedürfen daher die Randbemerkungen gleichfalls der Unterzeichnung und Vorlesung durch den Protocollanten, beziehendlich durch die Parteien[46]. Zu dergleichen Nachträgen gehören insbesondre auch Weigerungen der Parteien das Protocoll zu genehmigen oder zu unterzeichnen, wo allerdings der Protocollant auch die Verificirung nicht bewirken kann, sondern die Gründe der Weigerung, dafern solche angegeben werden[47], niederzuschreiben hat. In Fällen dieser Art ist die Beiziehung von Urkundspersonen besonders zu empfehlen. Ist derjenige, dessen Unterschrift zu der Giltigkeit des Protocolles erfordert wird, des Schreibens unkundig, so unterzeichnet er dasselbe mit einem Handzeichen, dessen Entstehung und Aechtheit amtlich zu beglaubigen ist[48].

Diese äußeren Erfordernisse der Giltigkeit und Beweiskraft eines Protocolles sind jedoch von der Art, daß bei ihrer Vernachlässigung zwar das letztere eben nicht als ein gerichtliches Protocoll anzusehen, das Geschäft selbst aber, über welches die Niederschrift aufgenommen worden, deshalb noch nicht ohne weiteres für ungiltig zu achten ist. Das Protocoll ist nur das Beweismittel, und nicht der Solennität wegen vorgeschrieben, es wäre denn, daß das Gesetz die Aufnahme des Protocolles als Bedingung der Giltigkeit der Handlung selbst vorgeschrieben hätte[49]. So ist ein vor dem Gerichte mündlich ausgesprochener letzter Wille deshalb noch nicht für null zu achten, weil das über die Erklärung des Testators aufgenommene Protocoll ungiltig oder mangelhaft ist; z. B. der Testator, ehe das Protocoll beendigt war und ihm vorgelesen oder von ihm genehmigt werden konnte, gestorben ist. Hier würde der Richter und die zugezogenen Gerichtspersonen als Zeugen abzuhören und solchergestalt der letzte Wille des Testators zu bescheinigen sein. Der einzelne Fall wird freilich auch hier entscheiden[50]. Ebenso würde in Strafsachen sowie in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit das Protocoll durch das Zeugniß des Richters und der Gerichtsbeisitzer wenigstens insoweit ersetzt werden können, als nunmehr dem erkennenden Richter

45) Linde a. a. O. Jagemann S. 653.

46) Insbesondre auch in Strafsachen Quistorp, Grundſ. §. 673. Bayer. Gef. Th. II, Art. 42. Jagemann a. a. O.

47) Vgl. noch Code d'Instr. crim. Art. 39, 76 und die modernen Strafproceßgesetze.

48) Einzelne Gesetzgebungen verlangen hier die Zuziehung von Gerichtszeugen, welche die Aechtheit des Zeichens durch ihre eigene Namensbeischrift versichern müssen. Vgl. z. B. öster. Strafproceßordnung v. 1853 §. 130.

49) So z. B. in Strafsachen rücksichtlich des Protocolles über die Hauptverhandlung.

50) Könnten bei der Dauer der Zwischenzeit zwischen der Erklärung und dem Tode des Testators Zweifel entstehen, ob er noch bei ersterer stehen geblieben oder z. B. absichtlich das Geschäft unbeendigt gelassen, so würde natürlich dies die Entscheidung ändern.

ein Zeugniß über eine gerichtliche Handlung vorgelegt wurde, das zwar von den bei dieser mit betheiligten Personen ausgegangen ist, deshalb jedoch nicht unbedingt verworfen werden kann [51]). Eine völlige Gleichstellung eines solchen mündlichen Zeugnisses mit dem urkundlichen Beweise durch das Protocoll kann nicht allgemein zugegeben werden. Bei denjenigen Wahrnehmungen, wo über einzelne Punkte leicht ein Irrthum obwalten kann, der bei Feststellung derselben durch ein Protocoll ausgeschlossen worden wäre, würde solche Gleichstellung bedenklich sein; z. B. wenn der Richter, ohne auf ein Protocoll sich zu stützen, eine umfänglichere Aussage eines Zeugen oder Angeklagten oder umfänglichere Verhandlungen der Parteien in einem Termine mündlich als Zeuge referiren wollte. Hier würde natürlich der Einwand eines Mißverständnisses, falscher Auffassung, des Vergessens wichtiger Punkte u. s. w. sofort erhoben und schwer beseitigt werden können.

In Bezug auf den materiellen Inhalt des Protocolles haben wir Folgendes zu bemerken:

Der Vorgang, zu dessen Beurkundung das Protocoll aufgenommen wird, soll wahrheitsgemäß niedergeschrieben werden. Für Feststellung dieser Uebereinstimmung des Vorganges mit der Niederschrift dient die Vorlesung der letzteren an die Interessenten. Sind von den letzteren Erklärungen abgegeben oder Aussagen erstattet worden, so wird die wortgetreue Abfassung derselben wichtig. Eine unbedingte und allgemeine Vorschrift, daß die eigenen Worte desjenigen, von welchem eine Erklärung zu Protocoll genommen wird, wiederholt werden, läßt sich nicht rechtfertigen. Es lassen sich abstracte Regeln nicht aufstellen. Wo die eigenen Worte von besonderer Wichtigkeit sind, werden sie zu wiederholen sein. Hierüber entscheidet das Ermessen des Richters, welcher jedoch auch dem Betheiligten nicht ohne besonders erheblichen Grund es (auf dessen Antrag) verweigern darf, die eigenen Worte desselben zu protocolliren. Insbesondre ist jedoch in Obacht zu nehmen, daß man überall aus der Redeart im Protocolle erkennt, wo die eigenen Worte des Betheiligten wiedergegeben sind [52]) oder wo der Protocollant nur den Sinn oder den wesentlichen Inhalt der Auslassungen, wie er ihn aufgefaßt, hat verzeichnen wollen. Von vorzüglicher Wichtigkeit wird diese Rücksicht bei der Aufnahme von Verhörsprotocollen in Untersuchungssachen [53]), insbesondre wo ein schriftliches Verfahren ohne

---

51) Vgl. jedoch was oben über das Protocoll bei der Hauptverhandlung gesagt wurde.

52) Dies kann insbesondre wichtig bei Provinzialismen oder dem Aussagen der sonst eigenthümlichen Redeweisen werden. Vgl. hierüber preußische Criminalordnung §. 264.

53) Die badische Strafproceßordnung §. 81 bestimmt: „die Aussagen sind im directen Style und, soweit es möglich ist, in denselben Ausdrücken, worin sie geschahen, nöthigenfalls mit den eigenen Erläuterungen des Vernommenen,

mündliche Hauptverhandlung noch besteht und daher die Vertheidigung sowie die Spruchgerichte auf die Protocolle des Untersuchungsrichters beschränkt sind[54]). Jene eigenthümlichen Redewendungen, denen man hier nicht selten begegnet und die sofort die Vermuthung, daß der Abgehörte in dieser Maße sich nicht ausgesprochen habe und bei seiner Bildungsstufe u. s. w. sich nicht aussprechen können, erzeugen, sind unbedingt unzulässig und Redewendungen, wie: „er könne nicht völlig, nicht gerade in Abrede stellen" jedenfalls zu vermeiden. Ebenso muß auch hier das Befugniß, die Aenderung der Aussage zu Protocoll zu dictiren[55]), dem Vernommenen möglichst unbeschränkt zugestanden werden[56]). Sehr zweckmäßig wird es auch in einzelnen Fällen sein, die Fragen, welche gestellt wurden, anzugeben[57]), da nicht selten nur aus ihnen der wahre Sinn der Antwort erkannt werden kann[58]). Der Zeuge in Civil- und Strafsachen, sowie der Angeklagte können ausnahmsweise, nachdem sie dasjenige, was ihnen über die Sache aus eigener Erinnerung noch bekannt ist, ausgesagt haben, nachträglich sich auf die Einsicht von Schriften beziehen und durch sie ihre Aussage vervollständigen[59]). In diesem Falle ist es nöthig[60]), daß im Protocolle genau angegeben werde[61]), wo der Vernommene auf Grund eigener Wissenschaft und wo er auf Grund der Einsicht der Papiere, der Rechnungen u. s. w. ausgesagt habe[62]). Es folgt dies aus der Nothwen-

---

niederzuschreiben." Ueber den directen Styl vgl. Jagemann a. a. O. S. 615 flg. und über die Aufnahme der selbsteigenen Worte des Abgehörten vgl. denselben S. 648 flg.

54) Eben deshalb ist es nicht zu billigen, wenn man bei der Abhörung mehrerer Personen sich damit begnügt, die Aussage der einen aufzunehmen und sie sodann den übrigen nur zur Genehmigung vorzulesen. Vgl. noch Jagemann a. a. O. S. 675 flg.

55) Ein vollständiges Dictiren der Aussage könnte zu manchen Inconvenienzen führen. Vgl. noch kgl. bayer. Entw. einer Strafproceßordnung Art. 201 und Jagemann a. a. O.

56) Unbedingt z. B. angeordnet in der badischen Strafproceßordnung §. 81. Vgl. noch Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde S. 338, 649.

57) Früher in Oesterreich unbedingt vorgeschrieben. Die neueste Strafproceßordnung enthält diese Vorschrift nicht mehr. Im älteren Rechte war die articulirte Form gebräuchlich. Vgl. Peinliche Gerichtsordn. Art. 70. Böhmer, ad Carpzov. qu. CXIV. obs. 2.

58) Vgl. noch Puchta, Dienst der teutschen Justizämter II, S. 442. Auch läßt sich dies keineswegs von den Aussagen des Angeschuldigten allein sagen. Es gilt dies auch für die Zeugenprotocolle.

59) Mittermaier, das teutsche Strafverf. §. 97, Bd. I, S. 457.

60) Kgl. preuß. Entwurf einer Strafproceßordnung §. 142. Hannöver. Strafproceßordnung §. 94.

61) Eine vorher aufgezeichnete Aussage darf nicht abgelesen werden, es wäre denn, daß der Richter dieselbe zu den Acten nehmen und auf Grund derselben weitere Befragungen, zugleich zur Feststellung ihres Inhaltes, vornehmen wollte.

62) Nachträgliche Eingaben des Angeklagten und des Zeugen werden zu

digkeit, dem Gerichte klar vorzulegen, worauf die Aussage des Vernommenen sich stütze und kann bei der Beurtheilung ihrer Beweiskraft von Wichtigkeit werden. Es ist mithin auch nur die Anwendung der Regel, daß der Richter bei Zeugenaussagen den Grund der Wissenschaft des Zeugen genau erforschen solle.

Nicht mit Stillschweigen können wir hier die sog. Geberden-Protocolle übergehen[63]). Sie sollen ein treues Bild des Benehmens der vernommenen Person enthalten, damit der erkennende Richter hierdurch möglichst so vollständige Materialien empfange, als ob er die Person selbst gesehen oder gehört habe. Sie kommen daher hauptsächlich bei der Abhörung eines Angeschuldigten und in den Ländern des schriftlichen Verfahrens vor[64]). Bei der Wichtigkeit des Verhaltens, welches an dem Aussagenden wahrzunehmen gewesen, ist die Bedeutung der Geberdenprotocolle unbestritten. Allein desto gefährlicher können sie auch werden und nur zu leicht den erkennenden Richter irre führen[65]). Bei aller Gewissenhaftigkeit und Vorsicht des Richters wird das Protocolliren nur der Ausdruck seiner subjectiven Ansicht und mithin unzuverlässig sein, auf keinen Fall aber die Vortheile der unmittelbaren Anschauung, welche dem Spruchgerichte im mündlichen Verfahren geboten wird, ersetzen können. Dieses Bedenken wird auch durch die Anweisung an den Richter, daß er auf die Aufzeichnung von Thatsachen sich beschränken solle, nicht erledigt[66]). Die Bemerkungen: der Angeschuldigte zeigte sich verlegen, — er stotterte

---

den Acten zu nehmen und die spätere Befragung auf sie mit auszudehnen sein. Es kann dies insbesondre bei verwickelten Auseinandersetzungen, Rechnungen u. dergl. wichtig werden. Vgl. Tittmann a. a. O. Bayer. Ges. Art. 151 und die neuen Strafproceßgesetze. Dagegen kann es leicht nachtheilig werden, wenn man statt eines, wenn auch vielleicht nur summarischen vorgängigen Verhöres die vorherige Einreichung von Bekenntnissen, Aussagen u. s. w. nachläßt. Vgl. noch Pfister, Criminalfälle Bd. V, S. 561.

63) Vgl. insbes. Mittermaier, das teutsche Strafverf. §. 106 (Bd. I, S. 489), wo auch die neuere Literatur angegeben ist. Diese Art Protocolle waren schon frühzeitig im Gebrauch (vgl. auch Art. 71 C. C. C.) und ältere teutsche Gesetzgebungen (Preuß. Criminalordn. §. 281. Bayer. Gesetzg. §. 196, 216, 221. Hannöv. Criminalinstr. Cap. VII, §. 14, 20. Gothaische Cap. VI, §. 14) schrieben sie ausdrücklich vor. Vgl. noch Mittermaier, im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. I, Nr. 12. v. Jagemann a. a. O. S. 655 flg. Müller, Lehrb. des Criminalproc. S. 347.

64) Der neueste Entw. einer Strafproceßordn. f. Bayern Art. 199 sagt: „Bemerkungen über das Benehmen des Vernommenen sind dem Protocolle nur dann beizufügen, wenn eine besondere Veranlassung dazu gegeben ist". Jedoch kommen dergleichen Protocolle auch bei der Zeugenabhörung vor. v. Jagemann a. a. O. S. 674 flg.

65) Dies gilt insbesondre von der Beziehung dieser Wahrnehmungen auf die Frage über die Zurechnungsfähigkeit. v. Jagemann a. a. O. S. 661.

66) Lehrreiche Andeutungen geben Bauer, Anleitung zur Criminalpraxis §. 20. v. Jagemann a. a. O.

bei seinen Angaben, — er wurde roth bei dem Vorhalte u. s. w., sind niemals frei von subjectiver Ansicht und die betreffenden Erscheinungen selbst können auf ganz verschiedenen Ursachen beruhen. Dergleichen Beobachtungen [67]) mögen für den Inquirenten bei Feststellung seiner weiteren Vorschritte und seines Verhaltens gegen den Angeschuldigten von Nutzen sein, der erkennende Richter dagegen sollte ihnen nur einen sehr untergeordneten Werth zugestehen [68]).

Ueber die Form der Protocolle bestehen in den einzelnen Ländern verschiedene Vorschriften. Zumeist werden dieselben auf halbgebrochenen Bogen dergestalt geschrieben, daß die eine Hälfte leer gelassen und höchstens zu Nachträgen mittels Randbemerkungen benutzt wird. Werden die gestellten Fragen selbst mit verzeichnet, so werden sie wohl auch, der besseren Uebersicht wegen, auf die leere Hälfte geschrieben. Gleiches Verfahren pflegt man rücksichtlich der Aufzeichnung von Vorhalten und Antworten bei Gegenüberstellungen zu beobachten [69]).

Wird behauptet, daß das Protocoll unvollständig oder wahrheitswidrig abgefaßt worden sei, so hat zwar dasselbe, als eine öffentliche Urkunde [70]), die rechtliche Vermuthung für sich, daß es der Wahrheit gemäß sei. Diese Vermuthung schließt jedoch den Beweis des Gegentheiles nicht aus [71]). Er kann durch Zeugen sowie durch Urkunden geführt werden. Die ältere Praxis verlangte jedoch drei Zeugen zur Entkräftung eines gerichtlichen Protocolles, da dasselbe an sich vollen Beweis mache und also dem Zeugnisse von zwei Zeugen gleichstehe [72]). Neuerdings ist man von dieser arithmetischen Beurtheilung und Abwägung der Beweismittel und ihrer Beweiskraft abgegangen [73]), während einige Rechtslehrer den Beweisführer bei dem günstigen Zeugnisse zweier Personen zum Erfüllungseide lassen wollen [74]).

Hierbei allenthalben ist die Rede von dem Falle, wenn behauptet wird, daß der Actuar bei der Aufnahme des Protocolles sich geirrt und die Erklärungen der Parteien falsch wiedergegeben habe; — nicht auch von dem Falle, wenn die Unvollständigkeit desselben behauptet wird.

---

67) Daß dergleichen Aufzeichnungen dem Verhörten nicht mit vorgelesen werden, versteht sich von selbst. Stübel, Criminalverf. §. 2189 flg. Abegg, Lehrb. d. Strafproc. S. 193.

68) Hierher gehören auch die Charakterschilderungen, welche der Inquirent in Bezug auf den Inculpaten entwirft und welche häufig am Schlusse der Geberdenprotocolle angetroffen werden. Vgl. noch Kitka, Erhebung des Thatbestandes §. 56.

69) Vgl. noch v. Jagemann a. a. O. §. 551 flg.

70) Vgl. Linde, Lehrb. §. 274. Spangenberg, d. L. v. d. Urkundenbeweise I, S. 59. Gesterding, Nachforschungen I, S. 226 flg. Lotz, civil. Abhandl. III, 62.

71) Mevius, Decis. P. I. dec. 120. nr. 3. Danz a. a. O. §. 45.

72) Vgl. Glück a. a. O.

73) So verlangt Kori a. a. O. §. 51 nur zwei Zeugen.

74) Struben, rechtl. Bed. II, 52. Hommel, Rhaps. obs. 20.

Ist ein Irrthum, der Sachlage nach, wahrscheinlich, so wird der Beweis desselben viel eher nachzulassen sein, als wo direct das Gegentheil von den Angaben des Protocolles behauptet wird. Jener Beweis wird selbst dann nicht ausgeschlossen sein, wenn das Protocoll vorgelesen und von den Interessenten genehmigt worden ist, da möglicherweise die letzteren den Irrthum theilten oder, was nicht unbeachtet bleiben kann, über die von dem Protocollanten gewählte juristische Auffassung, auf welcher das Protocoll beruht, sich täuschten, indem sie, als Rechtsunkundige, ihre Unrichtigkeit einzusehen nicht vermochten und bei der Erklärung des Protocollanten Beruhigung faßten. Anders ist es, wenn das Protocoll deshalb angefochten wird, weil es mit den Angaben des Betheiligten im offenen Widerspruche stehe. Giebt hierbei derselbe zu, daß das Protocoll so, wie es lautet, ihm vorgelesen und von ihm genehmigt worden sei, so würden wir in Civilsachen keinen Beweis des Gegentheiles zulassen, sondern, soweit nöthig, die Grundsätze von dem Verzichte anwenden und den Widerspruch als durch die Genehmigung ausgeschlossen erachten. Läugnet dagegen die Partei die erfolgte Vorlesung oder giebt sie zwar dieselbe zu, behauptet aber, daß einzelne Theile des Protocolles nicht vorgelesen worden, so wird es sich zunächst, wenn der Protocollant die erfolgte Vorlesung versichert, darum handeln, ob gegen diese amtliche Versicherung ein Beweis zulässig sei. Es scheint nun hier ebenso unrichtig, jeden Beweis auszuschließen, als solchen in Betreff der Zeugen auf eine bestimmte Zahl derselben zu stellen. Vielmehr kann die Zulässigkeit eines solchen Beweises nicht durch die Bezugnahme auf den amtlichen Charakter des Protocollanten ausgeschlossen werden, da auch ein Irrthum oder selbst eine absichtliche Pflichtverletzung vorkommen kann und der Beweis des Irrthums oder der Pflichtverletzung gegen die öffentliche Urkunde nicht ausgeschlossen werden darf. Man kann jedoch hier nicht sagen, daß drei Zeugen, welche die Nichtvorlesung bestätigen, ausreichend seien, vielmehr muß man dem vernünftigen Ermessen des Richters auch hier so viel zutrauen, daß er den einzelnen Fall und dessen besondere Verhältnisse in das Auge fassen und hiernach seine Entscheidung geben wird. Die Eidesdelation würden wir dagegen ausschließen[75]), da dem Protocollanten, der auf seinen Amtseid die geschehene Vorlesung versichert, nicht zugemuthet werden kann, die Behauptung des Gegentheiles durch einen neuen Eid zu widerlegen, andererseits aber auch dem Betheiligten nicht gestattet werden kann, durch seinen Eid die eidesgemäße Versicherung des Protocollanten zu beseitigen[76]). Ebendeshalb würden wir auch in dem Processe nicht

75) Klaproth, Einl. in d. bürg. Proc. I, §. 49. Danz, Grundſ. d. ord. Proc. §. 45.

76) Vgl. noch Glück a. a. O. S. 457 flg. Anderer Meinung sind z. B. Struben, rechtl. Bed. I, 134. II, 32. Geiger und Glück, merkw. Rechtsfälle Bd. I, S. 205.

gestatten, daß eine der Parteien der anderen darüber, daß das Protocoll nicht oder nicht vollständig vorgelesen worden sei, obschon dieses amtlich versichert worden ist, den Eid antragen dürfe[77]). Die Auferlegung eines Erfüllungs- oder Reinigungseides wird natürlich nicht ausgeschlossen[78]).

Ist das Protocoll nicht vorgelesen worden, so kommt allerdings der materielle Inhalt desselben in Frage. Hier kann die Versicherung des Protocollanten, daß er der Wahrheit gemäß das Protocoll abgefaßt habe, den Beweis des Gegentheiles nicht ausschließen. Die entgegengesetzte Annahme würde dahin führen, die Vorlesung selbst für überflüssig zu erklären. Verlangt man aber diese zur Feststellung der Richtigkeit des Protocolles in Bezug auf seinen Inhalt, so muß man auch den Mangel derselben für ausreichend erachten, um gegen das Protocoll einen Gegenbeweis zuzulassen. Allein auch hier würden wir eine Eidesdelation an den Actuar ausschließen. Behauptet er, daß eine Erklärung, wie er sie protocollirt habe und nicht das Gegentheil derselben, abgegeben worden sei, so kann man ihm die eidliche Ablehnung der Einwendung nicht ansinnen (z. B. daß A zugestanden, daß er das Geld empfangen habe, nicht daß er solches geläugnet habe). Anders freilich, wo es nicht um eine einzelne stringente Thatsache, sondern um die Auffassung und Auslegung einzelner Erklärungen sich handelt.

Wir sprechen endlich noch von dem Falle, wo behauptet wird, daß eine angeführte Thatsache nicht in das Protocoll mit aufgenommen worden sei[79]). Die erfolgte Vorlesung des letzteren steht dieser Behauptung nicht unbedingt entgegen, da der Betheiligte möglicherweise damals dem Anführen keine Bedeutung beilegte und daher auch die Auslassung desselben im Protocolle für unwesentlich ansah. Nach Umständen kann allerdings aus der Thatsache der erfolgten Vorlesung ein Verdachtsgrund gegen die Richtigkeit des Anführens selbst abgeleitet werden. Hier sind daher alle Beweismittel zulässig[80]). Das Protocoll ist eine öffentliche Urkunde in Bezug auf die in ihm bezeugten Thatsachen, schließt aber nicht den Beweis anderer Thatsachen aus[81]). Darnach kann der Inhalt desselben auch in Betreff solcher Thatsachen von Wichtigkeit werden, wenn z. B. diese nichtangeführten Thatsachen mit den Thatsachen im Protocolle überhaupt nicht oder nur sehr schwer zu vereinigen sein würden. Hier kann möglicherweise der unangefochtene Theil des Protocolles sehr wichtig werden, daß nur ausnahmsweise und nicht ohne besondere Vorsicht der Beweis, daß die anderen Erklärungen erfolgt seien, nachgelassen werden könnte.

---

77) Vgl. dagegen Glück S. 456 flg.
78) Sächs. Erl. P. O. v. 1724, ad Tit. II. §. 6. Kori a. a. O. §. 51.
79) Glück a. a. O. S. 454.
80) Auch der Eidesantrag. Hommel, obs. 179. Dagegen Kind, Quaest. for. III. 47.
81) Vgl. Biener, Syst. proc. §. 27. (Ed. noviss.) obs. 1.

Ein ganz anderer Fall ist es natürlich, wenn die Richtigkeit des Protocolles in Betreff seiner Aufnahme nicht bestritten, sondern behauptet wird, daß der Erklärende bei seiner Erklärung sich im Irrthume befunden habe. Von diesem Falle ist hier nicht zu handeln gewesen. Er kommt sowohl bei Civil- als bei Untersuchungsprotocollen in Betracht, wogegen im übrigen die obgedachten, auf die Anfechtung eines Protocolles bezüglichen Regeln im Strafprocesse nicht volle Anwendung finden können. Nicht nur der Eidesantrag ist hier unzulässig, sondern es muß überhaupt ein freieres Ermessen des Spruchgerichtes walten.

Sind Gerichtsbeisitzer zugezogen gewesen, so sind dieselben auf Antrag des Betheiligten oder in Strafsachen auch von amtswegen zu befragen[82]). Versichern dieselben die erfolgte Vorlesung des Protocolles, so würden wir hiergegen gar keinen Beweis, selbst nicht durch Zeugen, zulassen, da die Gerichtsbeisitzer die durch das Gesetz selbst bestimmten Urkundspersonen sind, deren Versicherung daher eine weitere entgegengesetzte Beweisführung nicht zuläßt.

Wird eine Fälschung des Protocolles behauptet[83]), so wird, wenn von der Richtigkeit desselben die Entscheidung einer anderen Rechtssache abhängt, zwar der Beweis der Fälschung im Wege des Civilprocesses nicht ausgeschlossen, zumeist aber vorzuziehen sein, diese Entscheidung zu sistiren und die Erörterung der Fälschung als präjudiciell zunächst dem Strafgerichte zuzuweisen.

Außer den bis jetzt besprochenen Arten von Protocollen, durch welche Erklärungen der vor Gericht erschienenen Interessenten beurkundet werden, finden wir in den Gerichten noch einfache Registraturen gebräuchlich, durch welche einzelne Vorgänge bei Gericht beglaubigt werden; z. B. über den Eingang einer Schrift bei Gericht, über die Vorlegung einer solchen oder die Eröffnung einer gerichtlichen Entschließung an eine Partei. Es wird hier selbst in Fällen der letzteren Art Vorlesung der Registratur nicht erfordert, sofern eine verbindliche Erklärung nicht abgegeben wird, obschon auch hier dieselbe zur Abschneidung von späteren Einwendungen und in Rücksicht auf die Fälle, in denen der Lauf der Fristen mit jener Vorlegung oder Eröffnung beginnt, wünschenswerth sein kann. Zur Aufnahme solcher Registraturen sind gleichfalls gewisse Gerichtsbeamte verpflichtet, von denen jedoch in der Regel im übrigen die Qualificationen nicht verlangt wer-

---

82) Vgl. Biener, Syst. proc. §. 27. not. 7. Eine von ihnen nach vorgängiger Vorlesung von den Gerichtsbeisitzern mit vollzogene Registratur kann, wenn diese nicht selbst ihr die Glaubwürdigkeit durch spätere Erklärungen entziehen, nach sächs. Proceßrechte ebensowenig als eine von den Parteien nach vorgängiger Vorlesung unterzeichnete Registratur von den letzteren angefochten werden. Vgl. Biener l. c.

83) Besondere Vorschriften über das Verfahren bei der behaupteten Fälschung einer Urkunde enthält u. a. der franz. Code d'Instr. crim. Art. 448 flg.

den, welche man bei einem Gerichtsschreiber voraussetzt. Werden dergleichen Registraturen als falsch angegriffen, so wird diese Behauptung nach den obigen Regeln zu erörtern und über sie zu entscheiden sein.

Schwarze.

Provocation und **Provocationsproceß**[1]). Im römischen Rechte ist es ein feststehender Grundsatz, daß Niemand zum Klagen genöthigt werden könne und daß der zu Anstellung einer Klage Berechtigte es in seiner Gewalt habe, ob und wenn er klagend auftreten wolle[2]). In ersterer Beziehung kennt das römische Recht keine Ausnahme[3]), in letzterer Beziehung war schon im älteren Rechte durch die Beschränkung des Klagrechtes auf eine gewisse kürzere Zeit bei den Temporalklagen der Willkür des Berechtigten eine gewisse Grenze gesetzt, während hinsichtlich der perpetuae actiones eine solche Beschränkung anfangs nicht stattfand, im neueren Rechte aber durch die auch für diese Klagen eingeführte Verjährung von 30 bezüglich 40 Jahren feststeht. Allein schon die Glossatoren fanden sowohl in den beiden Stellen, welche zu den beiden Arten der jetzt gebräuchlichen Provocationen den Namen hergegeben haben[4]), als auch in anderen Stellen der justinianeischen Rechtssammlung[5]) Ausnahmen von der Regel, daß Niemand zur Klage gezwungen werde dürfe[6]); sie erkannten namentlich in den beiden ersten Stellen das Recht der Aufforderung zur Klage oder beriefen sich wenigstens zur Begründung ihrer Ueberzeugung von der Nothwendigkeit

---

1) Literatur: Berger, Electa processus executivi, possessorii, provocatorii et matrimonialis. Lips. 1762. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 483—509. v. Gönner, Hdbch. d. teutsch. gem. Proc. Bd. IV, Nr. 73. Schweitzer, über den Provocationsproceß, besonders nach kursächsischem Rechte, Leipzig 1806 8. Bayer, Theorie der summarischen Processe §. 51—61. Mittermaier, summarische Processe S. 250—285. Schmid, Hdbch. des gemeinen teutschen Civilproc. §. 178—188, S. 24—72.

2) L. un. C. III. 7. L. 20. C. VIII. 13. (14.) L. 5. §. 6. D. (44. 4.) L. 42. D. (50. 17.)

3) Gegen die von Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. IV, S. 158, 2. Abth. in L. 18. §. 1. D. (43. 24.) gefundene angebliche Ausnahme erklären sich mit Recht: Franke, im Archiv für civil. Praxis Bd. 22, S. 379. Mittermaier, summ. Proc. S. 250 f. Jene Stelle handelt nur von der Auswirkung einer gewöhnlichen Citation zu dem Zwecke der Abwendung der novi operis nunciatio von Seiten des vorzuladenden Gegners, und der Nunciant, welcher bei der novi operis nunciatio innerhalb gewisser Zeit die förmliche Klage erheben mußte, war dies nur deshalb zu thun schuldig, um Gewißheit über die Fortdauer oder Aufhebung des provisorischen Zustandes herbeizuführen.

4) L. 5. D. de ingenuis manumissis (7. 14.) (mit dem Worte Diffamari anfangend), L. 28. D. de fideiussoribus (46. 1.) (mit den Worten Si contendat beginnend).

5) Z. B. L. 26. §. 6. D. (4. 6.) L. 3. §. 5. D. (37. 10.) L. 4. C. IV. 32. L. 8. C. VIII. 25. (26.)

6) Die Aussprüche von Azo, Accursius sind gesammelt in Martin's Magazin f. d. Proceß. Heft 3, S. 260 flg.

dieser Provocationsklagen auf römische Gesetzstellen. Diese Ansichten gingen bald in die Praxis über und wurden auch von den späteren Glossatoren festgehalten [7]). Durch die Reichsgesetzgebung [8]) wurden diese Provocationen gebilligt und die Gerichtsbarkeit des Reichskammergerichtes darüber zu entscheiden anerkannt, wozu die Veranlassung darin lag, daß dem Reichskammergerichte die Untersuchung wegen Landfriedensbruches zustand, und sowohl die strenge wegen dieses Verbrechens angedrohte Strafe als die Leichtigkeit, mit welcher gegen einen Reichsstand deshalb verfahren wurde, die Vorwürfe wegen Landfriedensbruches für den Geschmähten sehr nachtheilig erscheinen ließen, weshalb die in den Reichsgesetzen erwähnte Provocationsklage wegen Diffamation zunächst den Schutz der im Verdachte eines Landfriedensbruches stehenden Reichsstände bezweckte. In den Schriften der Practiker des 16. Jahrhundertes ist die Provocation zur Klage namentlich wegen Diffamation als in der Praxis recipirt anerkannt [9]). Auch die Landesgesetzgebung beschäftigte sich bald mit den Provocationsklagen [10]). Nicht weniger fanden außerhalb Teutschlands die Provocationsklagen Anwendung, namentlich in Frankreich, Portugal und in den Niederlanden [11]). Nach dem dermaligen bestehenden gemeinen Rechte, welches in der Landesgesetzgebung Anerkennung gefunden hat, ist eine gerichtliche Aufforderung eines Anderen zur Klage unter dem Rechtsnachtheile ewigen Stillschweigens oder des Verlustes gewisser Einwendungen gegen Rechtsvertheidigungsmittel des Gegners in folgenden zwei Fällen statthaft: 1) wenn Jemand einem Anderen nachtheilige Aeußerungen ausstreuet und sich gewisser denselben zustehenden Ansprüche berühmt, weshalb der sich mit den Ansprüchen Rühmende (Diffamant) von demjenigen, gegen welchen die Berühmungen gerichtet waren (Diffamat) gerichtlich aufgefordert oder provocirt werden kann, den gerühmten Anspruch binnen einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist klagend zu verfolgen, oder für immer zu schweigen (provocatio ex Lege Diffamari); 2) wenn Jemand die Geltendmachung ihm zustehender Rechte und Ansprüche an einen Andern verzögert und derjenige, gegen welchen diese Ansprüche zustehen, durch die Verzögerung Gefahr läuft, die ihm zustehenden rechtlichen

---

7) So von Baldus und Anderen. S. Martin a. a. O. S. 264 flg.

8) Reichsabsch. v. 1530 §. 93. Reichsabsch. v. 1531 §. 35, v. 1532 Art. 3, §. 2. Landfriede v. 1548 Art. 14, §. 8. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. 25. Im Reichsabsch. v. 1654 §. 83. Die Stellen führt an Mittermaier a. a. O. S. 252. Schon der Reichsabsch. v. 1531 §. 35 erkennt die provocatio ex Lege Diffamari als im gemeinen Rechte begründet an.

9) S. die Citate bei Mittermaier a. a. O. S. 253, N. 10.

10) Kurs. Proceßordn. v. 1622 Tit. I, §. 4. Proceßordn. Herzog Ernst des Frommen v. Sachsen-Gotha v. 1670 P. II, Cap. 1, §. 1. Rudolst. Proceßordnung P. II, Tit. II, §. 5. Kurs. erläut. Proceßordn. v. 1724 Tit. V, §. 5. Andere Landesgesetze bezeichnet Mittermaier a. a. O. S. 253, N. 11.

11) Mittermaier a. a. O. S. 253, N. 12—14.

Vertheidigungsmittel gegen die Klage, bestehen solche in Einwendungen gegen die Begründung der Klage, oder in wahren Exceptionen, zu verlieren, welchenfalls der insofern Gefährdete den Berechtigten zur Erhebung der Klage innerhalb einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist aufzufordern befugt ist, unter dem Rechtsnachtheile, daß bei unterlassener Erhebung der Klage binnen der bestimmten Frist die dem Beklagten zustehenden Vertheidigungsmittel gegenüber den Einwendungen des Klägers dagegen, welche dieser aus der Verzögerung der Klagerhebung herleiten könnte, kräftig und wirksam bleiben sollen (provocatio ex Lege Si contendat) [12]. Eine Provocationsbefugniß in größerer Ausdehnung, als in den beiden gedachten Fällen, ist zwar von Einigen zu begründen versucht und dieselbe für einen Jeden, welcher dabei interessirt ist, daß ein ihn betreffendes Rechtsverhältniß festgestellt werde, gegen Jeden, welcher deshalb künftig gegen ihn klagen könnte, in Anspruch genommen worden [13]; allein Andere haben sich mit überwiegenden Gründen gegen eine solche ausgedehnte Provocationsbefugniß, welche in unserem positiven Rechte keine Stütze findet, erklärt [14], und in der Praxis hat entschieden nur das Provocationsrecht in jener Beschränkung Geltung gefunden. Die erwähnten beiden Provocationsarten haben summarisches Verfahren vermöge ihrer Natur als präparatorischer Nebensachen gemein; jede ist aber besonders zu behandeln, da die Grundsätze über beide nicht überall dieselben sind.

A. Provocatio ex Lege Diffamari. I. Begriff und Ursprung. Die provocatio ex Lege Diffamari besteht in dem Antrage des Diffamirten (Provocanten), daß der Diffamant (Provocat) durch das Gericht aufgefordert werde, binnen einer bestimmten Frist unter dem Rechtsnachtheile der Auferlegung ewigen Stillschweigens (sub poena perpetui silentii) die Ansprüche gegen den Diffamaten, deren er sich berühmt hat, gerichtlich geltend zu machen. Sie bezweckt die Darstellung der Unwahrheit und Grundlosigkeit der von einem Anderen zum Nachtheile des Diffamaten aufgestellten Behauptungen, welche eine Anmaßung

12) Diese von dem künftigen Beklagten im Hauptprocesse ausgehende Aufforderung zur Klagerhebung unterscheidet sich dadurch, daß sie eben von dem künftigen Gegner im Hauptprocesse ausgeht, von der vom Richter ausgehenden Edictalladung, welche zwar ebenfalls eine Aufforderung zur Geltendmachung eines Anspruches enthält, aber nicht immer an bestimmte im voraus bekannte Personen, sondern oft auch an unbekannte, oder wenigstens an solche bekannte Personen, deren Aufenthalt unbekannt ist.

13) So von Gönner, Handbuch des gem. teutschen Processes Bd. IV, Nr. 73.

14) Breidenbach, im Archiv f. civil. Praxis Bd. III, S. 325 flg. Die Gründe für und wider jene Ausdehnung faßt zusammen Schmid, Hdbch. §. 178. Selbst die Reichsgesetze (Reichsabsch. v. 1531 §. 35. Kammergerichtsordnung v. 1555 Th. II, Tit. XXV, im Reichsabsch. §. 83) sind eher für Beschränkung der Provocationen, namentlich erklären sie sich gegen die zu weite Ausdehnung der provocatio ex Lege Diffamari, welche allein Gegenstand ihrer Vorschriften ist.

eines Anspruches gegen diesen enthalten. Entstanden ist die Provocation durch unrichtige Auslegung der mit dem Worte Diffamari beginnenden L. 5. C. de ingenuis manumissis. VII. 14. von Seiten der Glossatoren [15]; ungeachtet sie hiernach lediglich auf einem Irrthume beruhte, entschied für ihre allgemeine Anerkennung in der Praxis nicht blos das Ansehen der Glossatoren, sondern auch ihre Zweckmäßigkeit [16], wozu noch die Bestätigung in der Reichsgesetzgebung des 16. und 17. Jahrhundertes [17] und in der Landesgesetzgebung [18] hinzukam.

II. Allgemeine Grundsätze. Nach der ursprünglichen Fassung der L. 5, C. de ingenuis manumissis. VII. 14. hätte, wenn die Provocation zum Klagen auch darin von den Glossatoren gefunden wurde, dieselbe doch lediglich auf den Fall beschränkt werden sollen, wenn Jemand nachtheilige Gerüchte über den status ingenuitatis eines Anderen verbreitet hat [19]. Schon eine Anwendung auf den Fall der Verbreitung nachtheiliger Aeußerungen über den persönlichen status eines Anderen, außer dem der Ingenuität, enthält eine analoge Ausdehnung. Allein eine Beschränkung der Provocation wenigstens auf

---

15) Vgl. Mether, Comm. de origine processus provocatorii ex Lege Diffamari. Erlang. 1853. Vgl. die Glosse zu der ang. Constitution. Die Constitution handelt nicht von einer Aufforderung zur Klagerhebung, sondern sie spricht von einem Contumacialverfahren. Es war nämlich über den status ingenuitatis eines gewissen Crescens das nachtheilige Gerücht von Jemanden verbreitet worden, als sei derselbe nicht frei geboren, sondern frei gelassen. Crescens erhebt bei dem Statthalter der Provinz die wegen der Ingenuität zustehende Präjudicialklage gegen den Diffamanten, was die nur auf den Diffamanten, als Beklagten, zu beziehenden Worte „vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret" ergeben. Die Behörde erläßt eine Ladung an den Beklagten mit der Auflage, den Behauptungen des Klägers zu widersprechen, wenn er sich auf begründete Einwendungen stützen zu können vermeinte. Der Diffamant erschien nicht. Der Kläger bewies nun seinen Klaggrund und erhielt ein Erkenntniß, wodurch seine freie Geburt anerkannt und dem Diffamanten zur Strafe seines Ungehorsams ewiges Stillschweigen auferlegt wurde. Glück, Erläuterungen der Pand. Bd. VI, S. 484. Schweitzer a. a. O. S. 6, N. 10. Bayer, summ. Proc. §. 52, N. 2. Schmid, Hdbch. §. 179, N. 2.

16) Schweitzer a. a. O. S. 9 flg.

17) Vgl. die in N. 8 angeführten Stellen der Reichsgesetze.

18) Vgl. N. 10.

19) Diffamare bezeichnet ursprünglich etwas unter die Leute bringen, bekannt machen, verbreiten, es geschehe in guter oder böser Absicht. S. Scheller, großes lateinisches Wörterbuch s. h. v. und die dort cit. Stellen. In L. 5. C. de ingenuis manumissis (VII. 14.) kann es eine nachtheilige Aeußerung, eine üble Nachrede bedeuten. Bei der Provocation bezeichnet die Diffamation stets eine dem Diffamaten nachtheilige Aeußerung, was theils auf der Ableitung aus der ang. Stelle, theils darauf beruht, daß die Praxis stets diesen Sinn damit verbunden hat, theils endlich auf der Undenkbarkeit einer Provocation wegen nicht nachtheiliger Aeußerungen. Bayer, summ. Proc. §. 53, N. 1. Schmid §. 180, N. 2. Ursprünglich wurde bei der Diffamation verlangt, daß dieselbe öffentlich oder doch vor Mehreren geschehen sei. Schmid a. a. O. N. 3.

diesen Fall ist schon von den Glossatoren nicht festgehalten, sondern ihr ein viel weiterer Umfang verstattet worden [20]). Die Provocation wurde zugelassen, sobald Jemand sich mit einem klagbaren Anspruche gegen einen Anderen gerühmt hatte, ohne Unterschied, ob die Diffamation den persönlichen status, oder das Vermögen des Diffamaten betraf [21]). Ebenso nahm man es mit der Diffamation nicht mehr so streng, indem man von dem ursprünglich in dem Worte liegenden Verbreiten einer Aeußerung im Publicum absah und schon die Mittheilung der Aeußerung an Einzelne, oder die Anmaßung eines Rechtes oder einer Forderung in einem Briefe für hinreichend ansah [22]). Die in der Reichsgesetzgebung versuchte Beschränkung des durch die Praxis immer mehr ausgedehnten Gebietes der Provocation wegen Diffamation [23]) konnte theils wegen der schwanken-

---

20) Bayer a. a. O. §. 53, N. 3.

21) Zeugnisse der Practiker dafür führt an Bayer §. 53, N. 4.

22) Gegen die Meinung von Leyser, medit. ad. Pand. Sp. 81. med. 2 daß die in einem Privatbriefe an eine bestimmte Person gemachte Forderung oder das darin enthaltene Vorgeben eines dem Briefsteller gegen dieselbe zustehenden Rechtes eine Diffamation enthalte, weshalb provocirt werden könne, ist zwar von der jedem Gläubiger nach L. 32. pr. D. (22. 1.) zustehenden Befugniß zur Interpellation von Fratr. Bickmanni, consil. et decis. P. I. cons. 38. no. 8. ein Einwand entlehnt worden, jedoch mit Unrecht, da die Gesetzstelle von der Interpellation eines wirklichen Schuldners spricht, nicht von der Diffamation eines angeblichen Schuldners. Glück, Erl. d. Pand. Bd. VI, S. 486, N. 59. Schweitzer a. a. O. S. 38. Schmid, Hdbch. §. 180, N. 4. Selbst die fälschliche Aufführung des Diffamaten als Schuldners in seinen Rechnungsbüchern von Seiten Jemandes gilt als eine Diffamation, welche diese Provocation begründet. Biener, Syst. proc. iud. §. 310. ed. 3. Schweitzer a. a. O. S. 38. Sogar die mündliche Aeußerung gegen eine einzelne Person hielt die Praxis für genügend, daher die Oeffentlichkeit kein charakteristisches Kennzeichen der Diffamation mehr ist. Glück a. a. O. S. 485 flg. Weber, Klagen und Einreden S. 29. Schweitzer a. a. O. S. 37. Danz, summ. Proc. §. 20. Bayer, summ. Proc. §. 53. Schmid, Hdbch. §. 180, N. 4. Osterloh, summ. Proc. §. 100.

23) In Folge der von den Reichsständen auf dem Reichstage im J. 1530 erhobenen Klagen über ungebührliche Ausdehnung des Gebietes der Provocation wegen Diffamation wurden durch den Reichsabsch. v. 1530 §. 93 Commissarien mit Untersuchung und Abstellung der Beschwerden beauftragt. Die darauf ergangenen Verordnungen, welche den Beschwerden abhelfen sollten, finden sich in der Kammergerichtsreform v. 1531 §. 35. Reichsabsch. v. 1532 Art. III, §. 2. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXV. J. Reichsabsch. §. 83. Sie erklären sich über die Grenzen der Provocation aber so unbestimmt, daß sie ihren Zweck vollständig verfehlten. In der Kammergerichtsreform a. a. O. werden Kammerrichter und Beisitzer angewiesen, keinen Proceß ex Lege Diffamari anders als aus Grund der gemeinen Rechte und cum aliqua causae cognitione zu erkennen. Der Reichsabsch. v. 1532 a. a. O. läßt den Gebrauch der Provocation wegen Diffamation bei dem Kammergerichte zu in friedbrüchigen, Schmach und anderen Sachen. Die Kammergerichtsordnung von 1555 a. a. O. verordnet: daß Lex Diffamari an dem Kammergericht verstanden und gebraucht werden soll, in friedbrüchigen, Schmach und anderen dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weise, oder in andere Wege, dem anderen Theile zum Nachtheil und

den Ausdrücke der Gesetze selbst, welche wegen der Grenzen der Provocation zum Theil auf das gemeine Recht verwiesen, in welchem die ausgedehnte Anwendbarkeit dieser Provocation durch die Doctrin und Praxis allgemein anerkannt war, theils wegen der Ansicht von der Nichtverbindlichkeit der einschlagenden Reichsgesetze für die Landesgerichte, keinen Erfolg haben und daher behielt die Provocation wegen Diffamation in der gemeinen teutschen Praxis nach wie vor ihren alten Umfang[24]). Hiernach steht fest, daß die Provocation gegen Jeden stattfindet, welcher aus irgend einem Grunde ein Klagrecht gegen einen Anderen, oder die Thatsachen, auf welchen ein solches Klagrecht beruht,

---

Beschwerung beschehen." Der J. Reichsabsch. a. a. O. endlich verpflichtet das Kammergericht zur Aufsichtsführung, „damit das remedium Legis Diffamari nicht mißbraucht, sondern hierin die Disposition sowohl der gemeinen Rechte, als der Reichssatzungen, in gute Obacht genommen werden".

24) Vorzüglich gab dazu der in den Reichsgesetzen gemachte Zusatz „und anderen Sachen" und die Verweisung auf „die Disposition der gemeinen Rechte" Veranlassung, da die Praxis eben für die weite Ausdehnung der Provocation war. Manche Cameralschriftsteller (s. die Citate bei Bayer a. a. O. §. 53, N. 11. Schmid a. a. O. §. 180, N. 7) lassen nach dem Sinne der Reichsgesetze, folglich wenigstens bei dem Reichskammergerichte die Provocation nur zu „in causis fractae pacis, atrocium iniuriarum, et similibus, quarum exitus ad turbationem pacis publicae et scandalum spectare posset" verstehen demnach unter den „anderen" oder „andern dergleichen Sachen" nur solche, welche mit den friedbrüchigen und den Fällen der Beleidigung durch grobe Injurien darin übereinstimmen, daß sie die öffentliche Sicherheit stören oder ein öffentliches Aergerniß geben. Die Praxis hat sich aber daran nicht gekehrt. Dies ist auch nur zu billigen. Die Worte „und andere Sachen" weisen ebensowenig auf eine Aehnlichkeit mit den friedbrüchigen und Schmachsachen hin, als die Worte „und andern dergleichen Sachen", und letztere erhalten durch den erläuternden Zusatz „in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weise dem Anderen zum Nachtheil und Beschwerung beschehen" den Sinn, daß die Provocation gestattet werden solle, wenn Jemand sich durch die That („in friedbrüchigen") oder durch das Wort („Schmachsachen") oder in anderer dem Diffamaten nachtheiliger Weise ein Recht zur Ungebühr angemaßt hat. Schweitzer a. a. O. S. 22 flg. Bayer a. a. O. §. 53, N. 12. Schmid a. a. O. §. 180, N. 7. Ein anderer Sinn, nämlich daß die Provocation nur in den sich auf Friedensbruch beziehenden Schmachsachen statthaft sei, entsteht freilich, wenn man, wie Andere thun (s. die Citate bei Schmid a. a. O.), hinter dem Worte „friedbrüchigen" das Komma ausläßt und liest „in friedbrüchigen Schmach- und anderen dergleichen Sachen". Das Komma findet sich aber nicht blos in den meisten Ausgaben der Reichsgesetze, sondern auch bei Cameralschriftstellern, namentlich bei Gail, obs. pract. T. I. obs. q. n. 1; daher auch die oben angegebene Uebersetzung der betreffenden Stelle der Reichsgesetze durch die Practiker. Vgl. besonders Chop, im Archiv für civil. Prax. Bd. XIII, S. 332 flg. Schmid a. a. O. Die von Manchen, wie Franke, im Archiv für civil. Prax. Bd. XVIII, S. 225. Bayer a. a. O. §. 53, N. 11, in der Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXV gefundene Beschränkung der Provocation als zuläßig nur zur Erhebung einer Delictsklage gegen denjenigen, welcher behauptet hatte, daß der Diffamat gegen ihn einen Friedensbruch, eine Schmachhandlung oder ein anderes Vergehen verübt habe, ist, wie beide Schriftsteller selbst lehren, von der Praxis nie beachtet worden.

behauptet hat, wobei nichts darauf ankommt, ob er dies absichtlich oder aus Irrthum gethan[25]), ob er dabei erklärt hat, das Recht verfolgen zu wollen, oder nicht. Eine sehr bestrittene Frage ist, ob wegen bloßer beleidigender oder sonst nachtheiliger Aeußerungen über einen Anderen ohne gleichzeitige Beilegung eines klagbaren Anspruches gegen denselben Provocation stattfinde[26]).

Eine Erörterung dieser Streitfrage ist hier nicht am Orte. Die gewichtigeren namentlich auf die Reichsgesetzgebung selbst gestützten Gründe entscheiden für die verneinende Meinung. Die Provocation, wollte man sie wegen Verläumdungen zulassen, würde eine provocatio ad probandum sein, zu dem Zwecke, daß der Provocat die Wahrheit der dem Provocanten vorgeworfenen Thatsache zu beweisen hätte und wenn er es nicht könnte, als Lügner dargestellt würde. Der hierauf bezogene Landfriede von 1548 Art. 14, §. 8[27]) handelt auch nicht von einer provocatio ad probandum, sondern von einer Provocation gegen den, welcher einem Anderen Landfriedensbruch vorgeworfen hat, daß er seine durch den vorgegebenen Landfriedensbruch angeblich begründete Klage anstelle[28]). Die Provocation ist aber nach den Reichsgesetzen nur eine provocatio ad agendum[29]); dieselben sprachen auch immer von einer nachfolgenden Hauptsache[30]). Der Umstand, daß die Reichsgesetze die

---

25) L. 5. C. (7. 14.) ,,seu errore, seu malignitate''; Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXV „gefährlicher, betrüglicher Weis, oder in andere Wege".

26) Die Schriftsteller für die bejahende sowohl als die verneinende Meinung führt an, Schmid a. a. O. §. 180, N. 10, welcher die Streitfrage selbst ausführlich behandelt und sich für die verneinende Ansicht entscheidet. Unter den Vertheidigern der bejahenden Meinung sind besonders zu nennen, Schweitzer a. a. O. S. 24—37. Ehop, im Archiv für civil. Prax. Bd. XIII, S. 320 flg.; unter denen der verneinenden, Mittermaier, summ. Proc. S. 257 flg. Bayer a. a. O. §. 54.

27) Die Worte sind: „Wo aber Jemand den Anderen ohne rechtmäßige Ursach verdächtig machen, verläumden und denselben Verdacht in Rechten nicht ausführen wollt, soll der, wie jetzt angezogen, verdächtig zu machen unterstanden wäre, Macht haben, der so ihm dermaßen verdächtig zu machen unterstanden hätte, an unserem kaiserlichen Kammergericht, oder seinem ordentlichen Gerichte, deshalber fürzunehmen."

28) Darüber, daß die Reichsgesetze nur von der Provocation zur Erhebung einer Delictsklage sprechen, s. Franke, im Archiv für civil. Prax. Bd. XVIII, S. 225.

29) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXV, „auch nicht anderst, denn so die ansuchende Parthey (der Provocant), die in der Hauptsache Antworter" (in der Hauptsache Beklagter). Das Gesetz setzt also eine Klage des Provocaten voraus. Ebd. a. a. O. „es soll dem Diffamanten — in genannter Zeit seine Klage fürzubringen — angesetzt werden." S. Mittermaier, summ. Proc. S. 258 flg. Bayer a. a. O. §. 54, N. 5.

30) Vgl. die zuerst in voriger Note angeführte Stelle der Kammergerichtsordnung. Ebd. a. a. O. „soll — die Sache in beyden Punkten, der Diffamation und Hauptsache, — vor die ordentliche Gerichte gewiesen werden." J. Reichsabsch. §. 83. „Nach Erkennung der Processen aber, soll vor allem die

Provocation wegen Schmachsachen zulassen, unter „Schmach" aber nach der damaligen Ausdrucksweise ein schwerer Vorwurf, welcher in Thatsachen besteht, verstanden wird, kann nicht dazu führen, eine bloße provocatio ad probandum zuzulassen; denn diese Worte sind nicht außer Zusammenhang mit der Hauptbestimmung zu betrachten, nach welcher der Provocationsproceß stets eine Diffamation voraussetzt, welche so beschaffen ist, daß der Diffamant zugleich klagend wegen des darin enthaltenen Anspruches auftreten könnte [31]). Weniger kann gegen die bejahende Meinung angeführt werden, daß der Beleidigte wegen Verläumdungen schon die Injurienklage habe und daher durch Zulassung der Provocation die Rechtsmittel ohne Grund vermehrt würden [32]); keinesfalls aber läßt sich, wenn man dem Beleidigten diese Provocation verstattet, nach dem Diffamationsprocesse noch die Zulassung der Injurienklage rechtfertigen, weil die Provocation gewissermaßen hier als eine Hauptklage erscheint, welche, weil die Beschämung des Diffamanten durch Auferlegung ewigen Stillschweigens eine Art Genugthuung für den Beleidigten ist, die Injurienklage vertritt [33]). In der neuesten Zeit hat die ganze Controverse in vielen teutschen Staaten ihre Bedeutung verloren [34]). — Eine andere Streitfrage betrifft die Zulässigkeit der Provocation in dem Falle, wenn sich der Diffamant nur eines vom Eintritt einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abhängigen Anspruches gegen den Diffamaten berühmt hat. Für die Versagung der Provocation in diesem Falle wird angeführt, daß Niemand zur Er-

---

Diffamation vollkömmlich erwiesen und auf deren Beweisung die Hauptsache an das Gericht remittirt werden, wohin dieselbe ihrer Eigenschaft und Umständen nach gehöret."

31) Mittermaier a. a. O. S. 259. Schmid a. a. O. §. 180.

32) Es bedarf hier nur der Berufung auf das römische Recht, welches so häufig wegen desselben Anspruches mehrere Rechtsmittel verstattet.

33) Bayer a. a. O. §. 54, Nr. 8. Dennoch wird von den Vertheidigern der Zulassung der Provocation nicht blos die Injurienklage nach geschehener Auflage ewigen Stillschweigens gestattet, sondern der Provocationsproceß sogar für eine zweckmäßige Vorbereitung zur Injurienklage gehalten. Bayer a. a. O. Am wenigsten ist eine Cumulation beider Rechtsmittel zu rechtfertigen; sie ist schon an sich unmöglich, weil die Provocation vor dem Gerichte des Provocanten, die Injurienklage vor dem des Beleidigers anzustellen ist; sollten aber auch beide Theile zufällig denselben Richter haben, so kann wenigstens eine unbedingte Häufung nicht statthaft sein, weil dadurch Widerspruch in dem Antrage des Klägers entsteht; höchstens würde eventuelle Cumulation stattfinden können, auf welche sich in der That die Vertheidiger dieser Theorie beschränken. Schweitzer a. a. O. S. 34—37.

34) So namentlich in dem Königreiche Sachsen und in den meisten der zu dem Oberappellationsgerichte zu Jena vereinten Staaten mit Ausnahme des Fürstenthums Reuß älterer Linie, weil die Gesetzgebung Injuriensachen durchgehends als Strafsachen betrachtet und nur eine bestimmte Art von Privatgenugthuung für den Beleidigten verstattet. S. königl. sächs. Strafgesetzb. v. 1838 Art. 202. Altenb. Criminalgesetzb. Art. 202. Thüring'sches Strafgesetzb. Art. 194.

hebung einer Klage provocirt werden dürfe, zu deren Anstellung ihm nach den Gesetzen und nach seiner eigenen Behauptung jetzt die Befugniß noch gar nicht zusteht [35]). Von Anderen dagegen wird die Provocation verstattet [36]). Für letzteres sprechen überwiegende Gründe. Der Zweck der Provocation, der darin besteht, daß nachtheiligen Gerüchten Einhalt gethan werde, rechtfertigt deren Zulassung, weil die Berühmung mit einem bedingten oder noch nicht betagten Anspruche nach Umständen ebenso nachtheilig für Ehre und Credit des Diffamaten sein kann, als wenn die Berühmung unbedingte und betagte Rechte zum Gegenstande hat [37]). Der Einwand, daß der zu erhebenden Hauptklage die Einrede der verfrühten Klage wegen der noch nicht eingetretenen Bedingung oder des noch nicht eingetretenen Termines entgegenstehen würde, erledigt sich dadurch, daß jene Einrede in Folge der Provocation wegfällt, weil in der Provocation ein Verzicht des Provocanten zwar nicht auf sein Recht, später zu leisten, wohl aber auf sein Recht, den Hauptproceß erst später zu führen, zu finden ist [38]). Selbstverständlich darf der Provocat als in der Hauptsache siegender Theil nicht vor dem Eintritte der Zeit oder der Betagung Execution beantragen, da er sich in seinem Klagvortrage sowohl als bei der Berühmung nur ein zukünftiges Recht beigelegt hat; denn der in der Provocation enthaltene Verzicht beschränkt sich nur auf die Befugniß späterer Proceßführung, nicht auf das Recht späterer Leistung, daher dem Provocanten gegen die wirkliche Leistung die Einrede, daß dieselbe wegen noch nicht eingetretener Bedingung, wovon sie abhängt, oder wegen der noch nicht eingetretenen Zeit der Leistung noch nicht zu prästiren sei, zusteht. Regelmäßig kann zwar wegen künftiger Rechte höchstens nur Sicherstellung verlangt oder Arrest beantragt werden; außerdem ist ein Streit über künftige Rechte nur mit Einwilligung beider Parteien zulässig [39]). Im Falle der Provocation findet davon eine Ausnahme statt, insofern als für den Provocaten in Folge der Provocation und des dadurch für den Fall der unterlassenen Klagerhebung ihm drohenden Rechtsnachtheiles des ewigen Stillschweigens die Nothwendigkeit zu klagen begründet ist und ihm die Befugniß zur Erhebung einer verfrühten Klage durch den in der Provocation liegenden Verzicht des Provocanten auf das spätere Streiten erwächst. Hiernach hat denn die Provocation allerdings nur einen

---

35) Kori, summ. sächs. bürgerl. Proc. §. 137, N. 5. Gönner, Hdbch. Bd. IV, S. 81 u. A. Auch Mittermaier, summ. Proc. S. 264 scheint sich dieser Ansicht anzuschließen, weicht jedoch S. 266 wieder davon ab.

36) Schweitzer a. a. O. S. 55 flg. Bayer a. a. O. §. 53, N. 17. Osterloh, summ. bürgerl. Proc. §. 100. Volkmann, sächs. Proc. §. 279, N. n. u. A., welche Schmid §. 180, N. 33 und Osterloh a. a. O. N. 27 anführen.

37) Schweitzer u. Bayer a. a. O. Schmid a. a. O. §. 180.

38) Vgl. dieselben Schriftsteller.

39) Schmid, Hdbch. Th. I, §. 18.

vorläufigen Proceß über die Anerkennung eines Rechtes zur Folge; es ist auch möglich, daß bei bedingten Ansprüchen dem in der Hauptsache siegenden Provocaten der ganze Proceß bei dem Nichteintritt der Bedingung nutzlos wird; nichtsdestoweniger ist dies kein Grund, die Zulässigkeit der Provocation zu verneinen, weil, wenn auch voraussichtlich die Execution noch nicht geschehen kann, deshalb die Durchführung eines Rechtsstreites nicht unbedingt unstatthaft ist[40]). Die Kosten des bei Nichteintritt der Bedingung nutzlos geführten Processes ist der Provocant dem Provocaten zu erstatten verbunden[41]). Fälle, in denen die Provocation unstatthaft ist, sind: 1) wenn dafür, daß dem Diffamanten das behauptete Recht zustehe, eine Rechtsvermuthung ist, oder mindestens in dem Processe über das vom Diffamanten sich zugeschriebene Recht nicht dieser, sondern der Gegentheil den Beweis zu führen haben würde[42]). Es darf daher in der Regel derjenige, welcher eine Sache wirklich besitzt, nicht provocirt werden, wenn auch die Diffamation selbst auf das Recht an der Sache gerichtet war, weil der Besitz regelmäßig von dem Beweise des Rechtes befreit[43]); ausnahmsweise kann derjenige, welcher sich im Quasibesitz einer Servitut oder eines anderen das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechtes befindet, provocirt werden, weil ihn der Quasibesitz nicht von der Beweislast hinsichtlich eines solchen behaupteten Rechtes befreit[44]). Die Unstatthaftigkeit der Provocation gegen den Besitzer ist jedoch lediglich auf den Fall des entweder unbestritten anerkannten oder durch rechtskräftige Entscheidung festgestellten Besitzstandes zu beschränken; denn bei streitigem Besitzstande, wenn der Diffamant sich des Besitzes berühmt, darf derselbe zur Anstellung des Possessoriums provocirt werden[45]); 2) wenn die vermeintliche Diffamation nicht darin besteht, daß der Diffamant sich ein eigenes Recht beilegt, sondern darin, daß er das einem Dritten zuständige Recht in Abrede stellt[46]), welcher Grund namentlich für die Unstatthaftigkeit der Provocation des Eigenthümers zur Erhebung der Negatorienklage entscheidet[47]); 3) wenn die

40) Arg. L. 40. D. (9. 2.)

41) Bayer a. a. O. §. 53, N. 18. Schmid a. a. O. §. 180.

42) Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 490. Schweitzer a. a. O. S. 48 flg. Schmid a. a. O.

43) Schweitzer a. a. O. Bayer §. 53. Franke, im Archiv für civil. Prax. Bd. XVIII, S. 227 flg. Schmid a. a. O. Der auch noch andere Schriftsteller anführt.

44) Schweitzer S. 50. Franke a. a. O. S. 235. Bayer §. 53, N. 17.

45) Schweitzer S. 51. Die Provocation vertritt alsdann die possessorische Klage, welche Provocant auf dem Grunde der natürlichen Freiheit erheben dürfte.

46) Schweitzer a. a. O. S. 52, 53.

47) Franke a. a. O. S. 236. Nicht der Grund, daß der Besitzer nicht provocirt werden dürfte, entscheidet dafür; denn der Provocant kann sich möglicher Weise im Besitze der Gerechtigkeit befinden und doch ist dieser Besitz ohne

Sache, welche vor Gericht anhängig zu machen, die Provocation bezwecken würde, bereits auf andere Art gerichtlich anhängig gemacht worden ist; denn der Diffamat hat die Gelegenheit, sich zu vertheidigen, mithin Alles, was durch die Provocation erreicht werden könnte, bereits erlangt, es würde daher eine Provocation nutzlos sein[48]). — Die Provocation wird von Vielen nur als ein außerordentliches aushilfsweise in Ermangelung eines anderen stattfindendes Rechtsmittel betrachtet[49]). Mit Recht erklären sich Andere für die entgegengesetzte Ansicht[50]). Die für die erstere Meinung angeführte römische Gesetzstelle[51]) ist auf die Provocationen nicht zu beziehen, da sie lediglich die Restitution der Minderjährigen und deren Verhältniß zu Fällen betrifft, wo der Minderjährige schon ohne Restitution durch die Grundsätze des ius commune hinreichenden Schutz genießt[52]). Eher würde sich die subsidiäre Natur der Provocation aus dem Geiste der Reichsgesetzgebung rechtfertigen lassen, welche unverkennbar auf Beschränkung der Provocation wegen Diffamation ausgeht. Da aber, wie oben erwähnt worden ist, die durch die Reichsgesetzgebung beabsichtigte Beschränkung dieser Provocation wegen der Unbestimmtheit der hierauf bezüglichen Vorschriften nie in das Leben getreten ist und in der Praxis keine Anerkennung gefunden hat, so kann man sich auch jetzt zur Rechtfertigung der subsidiären Natur der Provocation nicht auf den Geist der Reichsgesetze berufen. Vielmehr ist die Provocation, wo die Erfordernisse ihrer

---

Einfluß auf die Erhebung der Negatorienklage, auf die Parteirollen und auf die Beweislast. Ebd. a. a. O.

48) Schweitzer a. a. O. S. 53 f. Ein besonderes Recht der Studirenden, ihre Gläubiger ex Lege Diffamari zu provociren, um sie zu zwingen, ihre Klage noch früher anzustellen, bevor der Schuldner die Universität verläßt, welches Accursius in der Glosse zu L. 5. C. (7. 14.) annimmt, kann nicht angenommen werden. Bei einer wirklich vorausgegangenen Berühmung hat der Fall nichts besonderes; ist aber keine Berühmung vorausgegangen, so bleibt es bei der Vorschrift des gemeinen Rechtes, daß der Gläubiger bezüglich der Klagerhebung nur an die für die einzelnen Klagen bestimmte Verjährungszeit gebunden ist, welche dem Gläubiger zu verkürzen ohne besonderen in den Gesetzen gebilligten Grund nicht in der Willkür des Schuldners steht. Schweitzer a. a. O. S. 54 flg.

49) Claproth, summ. Proc. §. 270, 274. Zachariae, liber quaestionum qu. 30. §. 3. p. 78. Danz, summ. Proc. §. 21. Bülow und Hagemann, pract. Erört. Bd. IV, Nr. 6, S. 37. Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 73, §. 10.

50) Schweitzer a. a. O. S. 59 flg. Breidenbach, im Archiv für civil. Proc. Bd. IV, S. 65 flg. Franke, ebd. Bd. XVIII, S. 234. Mittermaier, summ. Pr. S. 272. Bayer a. a. O. §. 53. Schmid, Hdbch §. 180. Zwar für kein außerordentliches, aber doch für ein subsidiarisches Rechtsmittel hält sie Linde, Civilpr. §. 336.

51) L. 16. pr. D. (4. 4.)

52) L. 16. cit. „Num si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium etc." Breidenbach a. a. O.

Zulassung einmal vorhanden sind, nicht für unstatthaft zu achten, wenn auch andere Rechtsmittel zu demselben Zwecke zustehen sollten[53]).

III. Provocant. Zur Provocation ist nur derjenige berechtigt, welcher mit der Klage, zu welcher er auffordert, belegt werden kann, also der mit der dem vermeintlichen Rechte des Diffamanten entsprechenden Verbindlichkeit nach des Diffamanten Behauptung Belastete[54]). Hiernach steht die Befugniß, zur Anstellung dinglicher Klagen, welche nur gegen den Besitzer gehen, zu provociren, allein dem Besitzer der Sache zu[55]). Wer der oben verworfenen Meinung folgt, daß die Provocation auch wegen bloßer Verläumdungen ohne gleichzeitige Beilegung eines Klagrechtes zulässig sei, muß dieselbe Jedem durch die Aeußerung des Diffamanten mittelbar oder unmittelbar Beleidigten verstatten[56]). In Ansehung der Frage, ob den Erben des Diffamaten die Befugniß zur Provocation wegen der gegen ihren Erblasser geschehenen Diffamation zustehe, sind die Meinungen getheilt. Von Manchen[57]) wird die Analogie der Injurienklage herbeigezogen, um den Erben diese Befugniß zu bestreiten, außer wenn bereits die Litiscontestation mit dem Erblasser erfolgt wäre; mit Unrecht, weil der Zweck beider Rechtsmittel ein ganz verschiedener ist[58]). Nach der richtigen Meinung, welche auch die meisten Vertheidiger gefunden hat[59]), geht das Recht zur Provocation auf die Erben über, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der vom Diffamanten behauptete Anspruch, wenn er erweislich wäre, eine gegen die Erben zulässige Klage begründet; dagegen findet der Uebergang nicht statt, wenn der Anspruch von der Art ist, daß er mit dem Tode des Diffamaten erlischt[60]). Auch die-

---

53) Es ist ja ohnehin nichts Neues, daß nach dem Civilrechte zur Erreichung desselben Zweckes verschiedene Rechtsmittel stattfinden, zwischen denen die Wahl zusteht. Der Umstand, daß die Provocation späteren Ursprunges ist, als andere im gemeinen Civilrechte begründete Rechtsmittel, ist einflußlos. Franke a. a. O. S. 234. Nie hat Jemand die auf Abbitte, Ehrenerklärung oder Widerruf gerichtete Injurienklage deshalb für subsidiär gehalten, weil im römischen Rechte bereits die ästimatorische Injurienklage begründet ist.

54) Mittermaier, summ. Proc. S. 272.

55) Franke, im Archiv für civil. Prax. Bd. XVIII, S. 227 flg.

56) So Schweitzer a. a. O. S. 39.

57) Textor, ad Rec. Imp. noviss. disp. 5. th. 11. p. 174. Martini, comment. forens. tit. I. §. 5. not. 85.

58) Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 496. Selbst wenn man die Provocation wegen ehrenkränkender Diffamationen zuläßt, ist ihr Zweck ein anderer, als der der Injurienklage, da sie Aufforderung des Diffamanten zur Anstellung einer Klage, die Injurienklage Bestrafung des Beleidigers bezweckt.

59) Schweitzer a. a. O. S. 42 flg. Glück a. a. O. Andere Schriftsteller führt an Schmid, Hdbch. §. 181, Nr. 4. Einen eigenthümlichen unrichtigen Grund für den activen und passiven Uebergang der Provocation auf die Erben hat Berger, Elect. proc. provocat. §. 44 darin gefunden, daß die Provocation auf einem sog. Quasicontracte beruhe.

60) Glück a. a. O. S. 498. Schweitzer a. a. O. S. 43.

jenigen, welche die Provocation wegen bloßer Verläumdungen zulassen, haben über den Uebergang derselben auf die Erben des Diffamaten verschiedene Ansichten[61]).

IV. Provocat. Die Provocation ist immer gegen eine bestimmte mit Namen zu bezeichnende Person zu richten[62]), und zwar gegen diejenige, welche sich in der Diffamation eines ihr gegen den Diffamaten zustehenden Klagrechtes berühmt hat und im Falle der Wahrheit des berühmten Anspruches gegen den Diffamaten klagen und ihn zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit zwingen dürfte. Gegen einen Dritten, welcher nur erzählt, daß sich ein Anderer eines Anspruches gegen den Diffamaten berühmt habe, ist eine Provocation zur Klage zwecklos, weil er sich eben kein Klagrecht beilegt, und daher unstatthaft[63]). Der Uebergang der Provocation auf die Erben des Diffa=

---

61) Weber, Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden St. 1, N. 4. Schweitzer a. a. O. S. 44 erklären sich für den Uebergang und stützen dies darauf, daß die Provocation keine sog. actio vindictam spirans sei, sondern nur Sicherstellung des guten Namens gegen verläumderische Angriffe und Rechtfertigung desselben gegen das Publicum bezwecke, der Erbe auch durch Verläumdungen des Erblassers nicht nur selbst in der gemeinen Meinung herabgesetzt werde, sondern auch die Pflicht auf sich habe, das Andenken seines Erblassers in Ehren zu halten, weswegen sich auf L. 1. §. 4. D. (47. 10.) berufen wird. Unbedingt könnte doch ein solcher Uebergang auf die Erben nicht zugegeben werden, vielmehr wäre derselbe auf den Fall zu beschränken, wenn durch die Verläumdung des Erblassers zugleich oder folgeweise der Erbe mit betroffen wird; denn nur insofern erkennt das römische Recht ein hinreichendes, rechtlich begründetes Interesse des Erben an, mittelst der Injurienklage eine Ehrenverletzung des Erblassers zu verfolgen, und hierauf bezieht sich, wenn in L. 1. §. 4. D. (47. 10.) gesagt wird, heredis interest, defuncti existimationem purgare. Glück a. a. O. S. 498. Schmid a. a. O. §. 181, N. 6. In dem Falle hingegen, wenn nach dem Tode des Erblassers eine solche verläumderische Diffamation erst erfolgt, würde den Erben die Provocation unbedingt gestattet werden müssen, da ihm die Injurienklage solchenfalls im eigenen Namen zusteht. L. 1. §. 4. D. (47. 10.) Es kann nämlich solchenfalls nicht von dem Uebergange der Provocation die Rede sein, da dieser eine Verläumdung des Erblassers bei seinen Lebzeiten voraussetzt. Dies scheint Bayer, summ. Proc. §. 56, N. 2 zu verkennen.

62) Im Reichsabsch. §. 83 — „es wären denn die Diffamanten in specie namhaft gemacht." Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 73, §. 3, S. 64 flg. ist anderer Meinung, aber widerlegt von Breidenbach, im Archiv für civil. Pr. Bd. III, S. 344.

63) Bayer a. a. O. §. 56, N. 3. Schmid, Hdbch. §. 182. Wer die Provocation auch wegen bloßer Verläumdungen verstattet, muß dieselbe nicht blos gegen den Urheber der Diffamation, sondern auch gegen diejenigen, welche die dem Diffamaten nachtheilige Aeußerung weiter verbreitet haben, zulassen. Dies thun auch Schweitzer a. a. O. S. 41. Bayer a. a. O. §. 56. Hingegen Mevius, Dec. VI. 371. Claproth, summ. Proc. §. 274 erklären sich dagegen. Für die Zulassung entscheidet, wenn man einmal Provocation wegen Verläumdungen annimmt, der Zweck der Provocation, der hier in der Rechtfertigung vor dem Publicum besteht, daher Jeder, welcher die Nothwendigkeit derselben veranlaßt hat, auch dazu bereit sein muß, sich auch nicht beschwert

manten ist bestritten[64]). Die für die bejahende Meinung geltend gemachten Gründe werden aus der Haftungspflicht der Erben für Handlungen des Erblassers, aus dem Zwecke der Provocation, welcher nicht in Verfolgung eines persönlichen Privatinteresses gegen den Diffamanten, sondern in der Rechtfertigung bei dem Publicum bestehe, welches, sollte die Diffamation nach des Diffamanten Tode nicht verfolgt werden, von deren Unwahrheit nicht überzeugt werden würde, entlehnt. Sie verdienen aber keine Billigung. Die Verpflichtung der Erben, die Handlungen des Erblassers zu vertreten, beschränkt sich nur auf das Vermögen und bezieht sich auf solche Handlungen, welche das Vermögen nicht betreffen, sei es an sich, sei es in ihren Wirkungen; die Diffamation, insofern sie die Provocation begründet, ist keine solche das Vermögen betreffende Handlung, mithin kann die Provocation schon deshalb auf die Erben des Diffamanten nicht übergehen. Der Zweck der Provocation ist rechtliche Ausführung der gerühmten Ansprüche von Seiten des Diffamanten oder der Rechtsnachtheil der Auferlegung ewigen Stillschweigens im Unterlassungsfalle. Die Auflage der rechtlichen Ausführung der vom Erblasser gerühmten Ansprüche unter dem erwähnten Rechtsnachtheile ist für die Erben unpassend, weil dieselben weder selbst dergleichen Ansprüche behauptet haben, noch behaupten wollen und daher das Erkenntniß auf jenen Rechtsnachtheil ohne Nutzen[65]). Auch eine vor dem Tode des Diffamaten gerichtlich anhängig gemachte Provocation muß selbst, wenn der Diffamant noch bei Lebzeiten sich darauf eingelassen hätte, aus den erwähnten Gründen mit dem Tode des Diffamanten und Provocaten sich endigen, so daß kein Zwang gegen irgend einen Erben, der an der Diffamation des Erblassers sich nicht betheiligen will, zur Fortsetzung des Rechtsstreites stattfindet[66]), was nicht ausschließt, daß er vermöge der Verpflichtung, den vom Erblasser durch rechtswidrige Handlungen Anderen zugefügten Schaden zu ersetzen, dem Provocanten doch die durch den Erblasser verursachten Proceßkosten ersetzen muß[67]).

V. **Gericht, bei welchem die Provocation anzubringen ist.** Nach der allgemeinen Regel: actor sequitur forum rei,

---

erachten kann, weil Niemand dem Anderen etwas nachsagen soll, wovon er nicht gewiß überzeugt ist.

64) Dafür erklären sich **Berger**, Elect. proc. provocat. §. 44. **Schmid**, Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen Th. II, S. 34, N. y. ersterer aus dem schon oben erwähnten unrichtigen Grunde, daß die Provocation auf einem Quasicontracte beruhe. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen **Glück** Bd. VI, S. 499 flg. **Schweitzer** a. a. O. S. 45. **Bayer** §. 56. Andere Schriftsteller führt an **Schmid**, Hdbch. §. 182, N. 4.

65) **Glück** a. a. O. S. 499 flg. **Schmid** a. a. O. §. 182.

66) **Glück** S. 500. **Schmid** a. a. O. Die abweichende Meinung von **Schweitzer** a. a. O. S. 47 findet in dem Gesagten ihre Widerlegung.

67) **Glück** und **Schmid** a. a. O.

würde die Provocation in dem Gerichtsstande des Diffamanten anzubringen sein. Denn der Provocationsproceß beschäftigt sich mit Erörterung und Entscheidung der für sich bestehenden Streitfrage, ob der Diffamant jetzt schon seine Klage bei Vermeidung der Auferlegung ewigen Stillschweigens zu erheben verbunden sei; bei dieser Frage ist der Diffamat der angreifende, der Diffamant der angegriffene Theil; auch hängt diese Frage mit dem künftigen Hauptprocesse nicht so zusammen, daß zur Entscheidung des letzteren vorher eine Entscheidung der ersteren nothwendig wäre, indem der Umstand, ob Kläger in Folge ergangener Aufforderung, oder freiwillig die Klage angestellt hat, für die Erörterung und Entscheidung der Hauptsache einflußlos ist[68]). Allein schon frühzeitig gab es eine, freilich unrichtige Ansicht[69]), welche in der außergerichtlichen Diffamation eine Aufforderung zur Vertheidigung fand und daher in dem Provocanten einen vor Gericht auftretenden Beklagten erblickte. Diese Ansicht führte dazu, daß der Gerichtsstand des Diffamaten als der für den Provocationsproceß zuständige angesehen wurde. Die Reichsgesetzgebung erklärte sich für diesen Gerichtsstand als den zuständigen[70]) und dies hat auch in der Praxis allgemeine Anerkennung gefunden[71]). Selbst der privilegirte

---

68) Bayer a. a. O. §. 55. Der einzige Vortheil, welchen die Verhandlung beider Sachen vor demselben Gerichte haben würde, nämlich daß der Richter, wenn etwa der Provocat, obgleich ihm ewiges Stillschweigen auferlegt worden, doch die Hauptklage erheben würde, davon schon in Kenntniß gesetzt wäre, ist kein zur Rechtfertigung einer Abweichung von der allgemeinen Regel hinreichender Grund. Bayer a. a. O. §. 55, N. 2.

69) Schon Baldus hatte dieselbe und sie ist von den späteren Practikern vertheidigt worden, so von Blarer, comment. ad legem Diffamari cap. 4. nr. 7 sq. Mynsinger, observ. Cent. VI. obs. 90. Siehe Bayer §. 55, N. 4.

70) Die Kammergerichtsordn. von 1555 Th. II, Tit. XXV traf die Bestimmung, daß „lex Diffamari an das Kammergericht nicht anders gebracht werden soll, denn so die ansuchende Partei (der Diffamat oder Provocant), die in der Hauptsache Antworter (die in der Hauptsache Beklagter ist), der kaiserlichen Majestät und dem Reich ohne Mittel unterworfen, an das Kammergericht ohne Mittel gehörig" sei; ferner daß „wo der Diffamirt dem Reiche nicht ohne Mittel unterworfen, auch der oder die Sache, dahin in erster Instanz nicht gehörig, auf Anhalten derselbigen Partei an dem Kammergericht wider den Diffamanten, unangesehen was vor einer Obrigkeit derselbe unterworfen, kein Proceß erkannt werden soll."

71) Zahlreiche Schriftsteller führt an Schmid, Hdbch. §. 183, N. 5. S. auch Schweitzer a. a. O. S. 96 flg. Bayer a. a. O. Für den Fall, daß man die Provocation wegen Verläumdungen, die eine Anmaßung eines Klagrechtes nicht enthalten, zuläßt, will Bayer a. a. O. eine solche Provocation an den persönlichen Gerichtsstand des Diffamanten verweisen, weil hier die Provocation nicht eine Vorbereitung zu einem Hauptprocesse sein könne, in welchem der Provocant Beklagter wäre, mithin der Grund der sonstigen Abweichung von der Regel wegfalle. Dagegen behauptet Chop, im Archiv für civil. Pr. Bd. XIII, S. 341 flg. mit Recht auf dem Grunde der allgemeinen Vorschrift der Reichsgesetze die Nothwendigkeit der Provocation vor dem Ge-

Gerichtsstand des Diffamanten kann keine Abweichung davon begründen[72]). Bei einer für die Hauptsache vorhandenen Zuständigkeit mehrerer Gerichtsstände des Provocanten hat der Provocat ungeachtet der Provocation das Wahlrecht, bei welchem dieser verschiedenen Gerichtsstände er die Hauptklage erheben will, so daß er nicht zu deren Anstellung vor dem Gerichte, vor welchem er provocirt worden ist, verbunden ist (Provocation wirkt keine Prävention); nur ist dem Gerichte, wo die Provocation erfolgt ist, von der vom Provocaten vor einem anderen, ebenfalls zuständigen Gerichte geschehenen Einleitung der Hauptsache Anzeige zu machen[73]). Eine andere Ansicht über den Gerichtsstand hatten einzelne ältere Juristen[74]), welche jeden Richter für die Provocation für zuständig hielten, ohne Unterschied, ob derselbe für die Hauptsache und die Parteien competent sei oder nicht, und sich dafür auf eine angebliche vom Diffamanten durch seine Diffamation übernommene Verpflichtung, vor jedem Richter Recht zu nehmen, beriefen, daher durch die Anstellung der Provocation vor dem unzuständigen Gerichte dessen Gerichtsbarkeit prorogirt werde; nicht weniger eine Anerkennung dieses Grundsatzes in den Worten der L. 5. C. VII. 14 praesidem unum vel alterum zu finden glaubten. Diese Gründe sind jedoch zur Begründung jener Ansicht ungenügend. Die durch die Diffamation angeblich erfolgende Unterwerfung des Diffamanten unter jedes Gericht liegt weder in der Absicht des Diffamanten, noch findet sie sonst in den Gesetzen Begründung; auch würde zur Prorogation die Unterwerfung einer Partei unter einen incompetenten Richter nicht genügen. Die angezogenen Worte der römischen Gesetzstelle können nichts entscheiden; abgesehen davon, daß in der Gesetzstelle überhaupt von keiner Provocation die Rede ist, können diese Worte auch nicht dahin verstanden werden, daß der Bittsteller seit langer Zeit die Statthalter verschiedener Provinzen angegangen und interpellirt habe, sondern dahin, daß er seit langer Zeit nach einander verschiedene Statthalter derselben Provinz (bekanntlich wechselten dieselben häufig) interpellirt habe, also immer den competenten Richter. Ferner spricht gegen diese Ansicht die durch die Kammergerichtsordnung[75]) dem Kammergericht nur dann verstattete Befugniß zur Annahme der Provocation, wenn es das für den Provocanten zuständige Gericht war, sowie der Umstand, daß Ladungen von Seiten eines notorisch incompetenten Richters ebenso

---

richtsstande des Provocanten auch in diesem Falle. Siehe Schmid a. a. O. §. 183, N. 2.

72) Schweitzer a. a. O. S. 104 flg.

73) Schweitzer a. a. O. S. 106 flg. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 494 flg. Bayer a. a. O. §. 55. Schmid a. a. O. §. 183.

74) Mevius, Dec. P. III. dec. 212. Brunnemann, comm. ad c. 5. C. de ingen. manum. n. 11 und Andere von Schmid §. 183, N. 7 angezogenen Rechtslehrer.

75) A. a. O.

unverbindlich sind, als der von einem solchen ausgegangenen Auferlegung ewigen Stillschweigens alle Wirkung abgesprochen werden muß[76]). Unbedenklich ist dagegen die Annahme einer Prorogation in dem Falle, wenn der Provocat auf die vom Diffamaten vor einem incompetenten Gerichte erhobene Provocation sich freiwillig, ohne die Einrede der Incompetenz des Gerichtes vorzuschützen, eingelassen hat; dann ist dieses Gericht durch die Prorogation auch für die Hauptsache mit competent, und für den Provocanten die Verpflichtung begründet, sich dort mit der Hauptklage belangen zu lassen[77]). Einige neuere Rechtslehrer[78]) erkennen zwar die Competenz des Gerichtsstandes des Provocanten zur Erörterung und Austragung des Provocationsstreites als in der Praxis unzweifelhaft begründet an, betrachten aber dennoch der Theorie nach den Gerichtsstand des Provocaten als den allein zuständigen. Sie berufen sich deshalb auf den J. Reichsabsch.[79]), nach welchem das Kammergericht, bei welchem die Provocation wegen Diffamation erhoben worden sei, die Hauptsache an das Gericht remittiren soll, wohin diese nach ihrer Eigenschaft und den Umständen nach gehöre; sie glauben in Folge der unbestrittenen Anerkennung des Satzes, daß der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten folge, für die in Folge der Provocation anzustellende Hauptklage annehmen zu müssen, der Provocant sei in dem vom J. Reichsabsch. vorausgesetzten Falle für seine Person dem Kammergerichte nicht untergeben gewesen, weil sonst die Hauptklage nicht vor einem anderen Gerichte zu erheben gewesen wäre, nicht an ein anderes und niederes Gericht hätte remittirt werden müssen; die Zuständigkeit des Kammergerichtes, vor welchem dennoch die Provocation erhoben worden sei, für die Provocation könne sich nur darauf gründen, daß es Gericht erster Instanz für den Provocaten gewesen und mithin die Provocation in dem Gerichtsstande des letzteren

---

76) Glück a. a. O. S. 494. Schweitzer a. a. O. S. 98, 99. Schmid a. a. O.

77) Schweitzer a. a. O. S. 109, 110. Linde, Civilpr. §. 336, N. 9. Schmid a. a. O.

78) Thibaut, System III, §. 1216. Morstadt, Materialkritik S. 306. Linde, Civilproc. §. 336. Mittermaier, summ. Proc. S. 270, 2. Auflage, erkennt nach gemeinem Rechte den Gerichtsstand des Provocanten als den für den Provocationsstreit zuständigen an, da die Kammergerichtsordn. a. a. O., wenn sie auch blos auf Diffamation wegen Landfriedensbruches sich zu beziehen scheine, doch nicht in dieser engen Bedeutung aufzufassen sei. In dieser engen Bedeutung hatte Lotz, Abhandl. S. 164 das Gesetz genommen, während schon Skop, im Archiv für civil. Proc. S. 339, 340 dagegen mit Grund erinnert hatte, daß die Competenz für Provocationen nicht blos durch objective, sondern auch durch subjective Merkmale bestimmt werde. Schmid a. a. O. §. 183, N. 11.

79) Im Reichsabsch. §. 83: „Nach Erkennung der Processe aber, soll vor Allem die Diffamation vollkömmlich erwiesen und auf deren Beweisung die Hauptsach an das Gericht remittirt werden, wohin dieselbe ihrer Eigenschaft und Umständen nach gehöret.“

angestellt worden sei. Diese Auslegung des J. Reichsabschiedes §. 83 würde, wenn man auch darauf kein Gewicht legen wollte, daß in demselben eine in versteckter Weise erfolgte Abänderung eines auch nach diesem Reichsgesetze allgemein anerkannten und angewendeten Rechtssatzes liegen würde, nur dann zu billigen sein, wenn sich der Gerichtsstand lediglich nach der Person desjenigen, dessen Forum angegangen werden soll, richtete; denn unter dieser Voraussetzung, aber auch nur unter dieser, würde allerdings aus der angeordneten Remission und Verweisung der Hauptsache an ein anderes Gericht die Erhebung der Provocation vor dem Gerichte des Provocaten abzuleiten sein, woraus jedoch nur die Erlaubniß zur Anstellung der Provocation vor dem Gerichtsstande des Provocaten folgen würde[80]). Da aber der Gerichtsstand für Verhandlung einer Sache nicht blos durch die subjective Rücksicht auf den Wohnort oder den privilegirten Gerichtsstand der Person, sondern auch durch objective von der Natur der Sache hergenommene Gründe bestimmt wird, so fällt damit die Grundlage jener Ausführung; es fehlt aus diesem Grunde an dem Beweise für die Ansicht, daß die Provocation in dem Gerichtsstande des Provocaten angestellt und hierauf die Hauptsache an den Gerichtsstand des Provocanten und in der Hauptsache Beklagten verwiesen worden sei, mithin kann man den bis dahin allgemein anerkannten Grundsatz über den Gerichtsstand, vor welchem die Provocation zu erheben sei, nicht als aufgehoben ansehen[81]). Vielmehr hat der J. Reichsabschied §. 83 a. E. nur dasjenige wiederholt und eingeschärft, was schon die Kammergerichtsordnung beabsichtigte, nämlich den Wirkungen der Rechtshängigkeit und Prävention, welche man hinsichtlich der Hauptsache der Provocation beilegte, entgegenzutreten[82]); es ist dadurch nur diese Wirkung der Provocation abgesprochen und der Grundsatz anerkannt worden, daß ungeachtet der Erhebung der Provocation in dem persönlichen Gerichtsstande des Provocanten, dem Provocaten das Wahlrecht unter den mehreren für die Hauptklage zuständigen Gerichten freistehe, nicht minder aber ihm die Pflicht zur Erhebung der Klage in einem anderen Gerichtsstande, wenn derselbe zur Verhandlung und Entscheidung über die Hauptsache ausschließlich zuständig ist, obliege[83]).

VI. Verfahren. Schon wegen seiner blos präparatorischen Natur ist der Provocationsproceß ein summarischer. Die Provocation, wodurch der Provocationsproceß eröffnet wird, richtet sich in Form und

---

80) Chop a. a. O. S. 340 flg. Bayer, summ. Proc. §. 55, N. 6. Schmid a. a. O. §. 184.

81) Schmid a. a. O.

82) Beschwerden, welche sich auf diese der Provocation beigelegte Wirkung beziehen, finden sich im Reichsabsch. v. 1530 §. 93. Kammergerichtsreformation von 1531 §. 35. Reichsabsch. v. 1532 Tit. III, §. 2.

83) Chop a. a. O. S. 341, 342. Schmid a. a. O. §. 183.

Inhalt nach den Regeln über Erhebung einer Klage im summarischen Processe. Besonderes Erforderniß ist die der Provocationsklage sofort beizufügende Bescheinigung der geschehenen Diffamation[84]), d. h. es muß sofort bei Erhebung der Provocation wahrscheinlich gemacht werden, daß der Provocat sich eines ihm gegen den Provocanten[85]) angeblich zustehenden Rechtes berühmt habe. Als zulässige Beweismittel sind Zeugen und Urkunden zu betrachten. Es genügt die eidliche Aussage Eines unverdächtigen Zeugen[86]), Zeugenaussagen, welche vor einem incompetenten Gerichte oder vor einem Notar aufgenommen sind, werden für zulässig erachtet[87]); auch bedarf es nicht gerade der Beifügung der Zeugenaussage in Schriften bei dem Antrage oder der Vernehmung des Zeugen vor Erhebung der Provocation, sondern es genügt Benennung des Zeugen in dem Provocationsantrage, Angabe der Punkte, worüber er zu vernehmen ist und das Gesuch an den Richter um Vernehmung desselben[88]). Die Urkunden anlangend, so genügen beglaubigte Abschriften von Documenten, in welchen die Berühmung des

---

84) Kammergerichtsordnung von 1555 Th. II, Tit. XXV: „daß auch Kammerrichter und Beisitzer, ehe und zuvor sie solche Proceß erkennen, der Diffamation halber durch schriftliche oder andere glaubliche Urkundt und Anzeig informirt und bericht sein“. J. Reichsabschied §. 83: „Und keine Citatio ex lege Diffamari anderer gestalt, es wären denn die Diffamanten in specie nahmhaft gemacht; die angegebene Diffamation auch, noch vor der Ladung, durch schriftliche oder andere glaubliche Urkund, auch anzeigentlichermaaßen beygebracht und erwiesen, erkennet.“

85) Provocirt der Diffamat den Diffamanten zur Erhebung einer dinglichen Klage, welche nur gegen den Besitzer, als solchen geht, so muß er, um in diesem Falle die Diffamation ausreichend zu bescheinigen, sofort seinen (des Diffamaten) Besitz bescheinigen, weil die Behauptung eines nur gegen den Besitzer geltend zu machenden Rechtes an einem Gegenstande von Seiten des Provocaten, als eine die Provocation begründende Provocation nur dann gelten kann, wenn der Provocant der Besitzer ist. Franke, im Archiv für civil. Pr. Bd. XVIII. S. 232. Entbehrlich ist die besondere Bescheinigung des Besitzes des Provocanten, wenn der Provocat in seiner Berühmung denselben schon anerkannt hat; Franke a. a. O. S. 233. Bei einer Provocation zur Anstellung der Confessorienklage ist zur genügenden Bescheinigung der Diffamation erforderlich, daß der Provocant sein Eigenthum (wenigstens des prätorischen) an dem angeblich dienenden Grundstücke bescheinigt; denn nur dadurch legitimirt er seine Berechtigung zur Provocation und zeigt, daß er zum Widerspruche gegen die Servitut befugt und der künftige rechte Beklagte ist. Franke a. a. O. S. 236.

86) Schaumburg, princ. prax. iurid. lib. II. c. 6. §. 5. Griebner, princ. proc. iudic. lib. II. c. 6. §. 5. not. b. Schweitzer a. a. O. S. 119. Dies ist auch in einzelne Landesgesetze übergegangen, z. B. kgl. sächs. Erl. Proceßordn. Tit. V, §. 5. Altenb. Proceßordn. P. I. Cap. 2, §. 4. Goth. Proceßordn. P. I. Cap. 2, §. 8.

87) Ludovici, Einl. zum Civilpr. Cap. V, §. 11. Schweitzer a. a. O. S. 119, 120. Bayer a. a. O. §. 57, N. 1.

88) Schweitzer a. a. O. S. 119. Mittermaier, summ. Proc. S. 273.

Provocaten enthalten ist[89]). Nicht beweisend sind schriftliche Privatzeugnisse[90]) und Privatabschriften[91]). Edition der Beweisurkunden kann der Provocant nicht verlangen[92]). Eidesantrag wird deshalb nicht zugelassen, weil die Bescheinigung schon vor der Ladung beigebracht sein soll[93]). Das Hauptgesuch geht darauf, daß dem Provocaten unter dem Rechtsnachtheile der Auferlegung ewigen Stillschweigens[93a]) aufgegeben werde, binnen einer bestimmten Frist seine Klage anzustellen[94]). Das gewöhnliche Verfahren, wornach, wenn der Antrag nicht sofort als verwerflich erscheint, sofort der Rechtsnachtheil der Auferlegung ewigen Stillschweigens in der unter Mittheilung des Antrages an den Provocaten erlassenen Auflage zur Erklärung darüber angedroht wird[95]), erscheint unzweckmäßig, weil, wenn der Provocat die Diffamation in Abrede stellt, oder die Statthaftigkeit der Provocation bekämpft, die Androhung unwirksam und die Verwirklichung des angedrohten Rechtsnachtheiles bis zur Erledigung jener Fragen zu verschieben ist[96]). Zweckmäßiger wird dem Provocaten der Provocations-

---

89) Schweitzer a. a. O. S. 121. Bayer a. a. O.

90) Schweitzer a. a. O. S. 120. Sie verdienen nicht mehr Glauben, als das Anführen des Provocanten selbst. Ohne Grund ist anderer Meinung Ludovici, Einl. zum Civilproc. Cap. V, §. 11.

91) Berger, Elect. proc. provoc. §. 27. Ludovici a. a. O. Schweitzer a. a. O. S. 121. Sie beweisen nicht mehr, als die Erzählung des Provocanten selbst, während doch die Reichsgesetze glaubhafte Urkunden verlangen. Anderer Meinung ist Mynsinger, observ. Cent. V. obs. 81. not. 6 sowie auch ältere sächsische Practiker, z. B. Philippi, Consid. iurid. ad ord. proc. Saxon. p. 19.

92) Leyser, med. ad Pand. Sp. 38. med. 8. Osterloh, summ. Proc. §. 103.

93) Berger l. c. §. 28. Mevius, Dec. p. III. dec. 393. Ludovici a. a. O. §. 12. Glück a. a. O. S. 491, N. 75. Schweitzer a. a. O. S. 121, 122. Mittermaier a. a. O. S. 273. Bayer a. a. O. Schmid a. a. O. §. 184. Anderer Meinung ist Claproth, summ. Proc. S. 383. Einzelne Landesprocesßgesetze schließen den Eidesantrag aus, z. B. kgl. sächs. Erl. Proceßordn. Tit. V, §. 5, andere lassen ihn zu, wie die Goth. Proceßordnung P. I, Cap. 2, §. 8.

93a) Liegt die Berühmung nach der Behauptung des Diffamaten nur darin, daß der Diffamant die Fälligkeit eines vom Diffamaten an sich als richtig anerkannten Anspruches behauptet hat, welche der Diffamat in Abrede stellt, so ist das Stillschweigen mit jener Behauptung im Falle der unterlassenen Klaganstellung nur bis zu dem Zeitpunkte der Fälligkeit, welche der Diffamat zugesteht, aufzuerlegen. Schmid a. a. O. §. 184, N. 9.

94) Wird die Provocation wegen bloßer Verläumdungen ohne gleichzeitige Beilegung eines Klagrechtes zugelassen, so ist das Gesuch des Provocanten nur darauf zu richten, daß dem Provocaten auferlegt werde, binnen bestimmter Frist seine Behauptungen zu beweisen, oder sich der Auferlegung ewigen Stillschweigens zu gewärtigen. Schweitzer a. a. O. S. 47, 48. Bayer a. a. O. §. 57, N. 2. Schmid a. a. O. §. 184, N. 11.

95) Danz, summ. Proc. §. 25. Bayer a. a. O. §. 57.

96) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 73, §. 13. Linde, Civilproc. §. 337, N. 6. Mittermaier summ. Proc. S. 274. Bayer a. a. O. §. 57, N. 4. Schmid a. a. O. Insofern hier gewöhnlich die Erfordernisse des bedingten

antrag vorläufig nur zur Abgabe seiner Erklärung darüber binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt[97]) und dem Provocanten davon Nachricht gegeben. Einige erklären auch die Androhung des Rechtsnachtheiles in dem auf den Antrag zu erlassenden Decrete, daß bei unterbleibender Erklärung des Provocanten über die Diffamation die Diffamation für wahr geachtet werden solle, für zulässig und zweckmäßig[98]), nach gemeinem Rechte mit Unrecht, weil dasselbe keinen Rechtsnachtheil des Eingeständnisses für den Fall des Ungehorsams kennt[99]), mithin der Richter auch zur Androhung eines solchen Rechtsnachtheiles nicht berechtigt ist[100]). Das Verhalten des Provocaten ist für das weitere Verfahren maßgebend. Es sind hier folgende Fälle möglich: 1) erhebt der Provocat binnen der vorgeschriebenen Frist die Hauptklage, so hat der Provocationsproceß sein Ende, indem dessen Zweck nun erreicht ist[101]). Das weitere Verfahren in der nun anhängig gemachten Hauptsache richtet sich je nach der Beschaffenheit der Sache, nach den Grundsätzen des ordentlichen oder summarischen Processes; der Umstand, daß der Hauptproceß in Folge der erhobenen Provocation eingeleitet worden ist, hat auf das Verfahren in der Hauptsache keinen Einfluß[102]).

Mandatsprocesses vorhanden sind, ist allerdings die Aufnahme jener Androhung in dem auf den Provocationsantrag zu erlassenden bedingten Mandate zulässig, indem der Rechtsnachtheil der Auferlegung ewigen Stillschweigens dann nur für den Fall angedroht würde, wenn der Provocat binnen der bestimmten Frist die Klage nicht anstellen und auch über den Provocationsantrag selbst sich zu erklären unterlassen sollte. Bayer a. a. O. Schmid a. a. O. §. 184, N. 15.

97) Bayer a. a. O. §. 57. Schmid a. a. O. §. 184.

98) Linde, Civilproc. §. 337. Mittermaier a. a. O. S. 273, 274. Bayer a. a. O. §. 57, N. 5.

99) Kammergerichtsordn. von 1555 Th. III, Tit XLIII, §. 4. J. Reichsabsch. §. 36. Schmid, Hdbch. Th. I, §. 103. Anders nach sächsischem Processe, wo die Strafe des Eingeständnisses der Klage das gesetzliche Präjudiz für den Ungehorsam des Beklagten ist. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 70, 81, 87.

100) Natürlich sind die Fälle auszunehmen, wo für die Aufforderung die Form des bedingten Mandates gewählt werden darf und gewählt worden ist. Schmid a. a. O. §. 184, N. 17.

101) Bayer a. a. O. §. 57. Schmid a. a. O. Die sonst dem Kläger zustehende Befugniß, die erhobene Klage bis zur Einlassung des Beklagten fallen zu lassen und eine neue Kalge anzustellen, wird hier schon durch den Ablauf der zur Klagerhebung bestimmten peremtorischen Frist ausgeschlossen; der Kläger kann nur dem eingeleiteten Rechtsstreite entsagen und dann, wenn auch die in demselben ertheilte rechtskräftige Entscheidung nicht entgegenstehen würde, eine neue Klage erheben. Mittermaier, im Archiv f. civil. Prax. Bd. I, S. 256—258. Schmid a. a. O. §. 184, N. 19.

102) Die Provocation befreit auch nicht den Kläger in der Hauptsache von der Caution wegen der Unkosten und Wiederklage. Martin, Civilpr. §. 256, N. i. Linde, Civilproc. §. 336 und besonders Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. I, S. 314—319. Anderer Meinung ist Glück, Erl. der Pand. Bd. III, S. 439, und Kori, sächs. summ. Proc. S. 262. Die Provocation unterbricht auch nicht die Verjährung der Hauptklage; daher der Provocant der

In der erhobenen Hauptklage muß der ganze gerühmte Anspruch enthalten sein, sonst wird dem Provocaten hinsichtlich der nicht geltend gemachten Punkte ewiges Stillschweigen auferlegt[103]). Die Verurtheilung des Provocanten als Beklagten im Hauptprocesse in den ganzen Gegenstand der Hauptsache bewirkt Erlöschen des Provocationsprocesses und Verurtheilung des Provocanten zur Erstattung der Kosten des Provocationsprocesses[104]). Im Falle der Entbindung des Provocanten als Beklagten in der Hauptsache von dem Anspruche des Provocaten, lebt der Provocationsproceß wieder auf und dem Provocaten wird ewiges Stillschweigen auferlegt, er auch in die Kosten des Provocationsprocesses verurtheilt[105]). Ist das Erkenntniß in der Hauptsache gemischt, so wird dem Provocaten wenigstens hinsichtlich der Punkte, in denen der Provocant entbunden ist, ewiges Stillschweigen auferlegt. Ist das Erkenntniß nicht gemischt, sondern es liegt dem verurtheilten Provocanten nur eine an sich beschränkte Verbindlichkeit ob, so kann im Provocationsprocesse nachträglich kein ewiges Stillschweigen auferlegt werden[106]). Die schlechterdings erfolgte Abweisung der Hauptklage bewirkt Auferlegung ewigen Stillschweigens im Provocationsprocesse[107]). Die bloße Verwerfung der Hauptklage in der angebrachten Maße berechtigt den Provocanten zu dem Antrage auf Auferlegung ewigen Stillschweigens nicht; es kommt dabei auf die Gründe, aus denen diese Verwerfung erfolgte, seien es Incompetenz des Gerichtes oder andere, nichts an[108]). Nur darauf anzutragen ist der Provocant berechtigt, daß dem Provocaten die Anstellung einer schlüssigen tadellosen Klage unter dem Präjudiz der Auferlegung ewigen

---

Hauptklage die Einrede der Verjährung selbst dann entgegensetzen kann, wenn die Verjährung erst nach erhobener Provocation vollendet wurde. Linde a. a. O. Schmid a. a. O. §. 184, N. 20.

103) Berger, Elect. proc. provocat. §. 39. Kori, sächs. summ. Proc. S. 261 flg.

104) Schweitzer a. a. O. S. 149.

105) Schweitzer a. a. O. S. 150. Die Verurtheilung in die Kosten des Provocationsprocesses findet selbst im Falle der Compensation der Kosten des Hauptprocesses statt. Schweitzer ebd.

106) Osterloh, summ. bürgerl. Proc. §. 105.

107) Dies kann aber nur unter der Voraussetzung geschehen, daß im Provocationsprocesse durch rechtskräftige Entscheidung oder Compromiß ein bestimmter Klaggrund festgesetzt war; entgegengesetzten Falles ist Auferlegung ewigen Stillschweigens nicht zuläßig, sondern dem Provocaten ist die Anstellung einer neuen Hauptklage unter dem Präjudiz der Auferlegung ewigen Stillschweigens aufzugeben. Höpfner, Beiträge zur civilgerichtlichen Praxis I, 9. S. 51.

108) Osterloh a. a. O. §. 105. Der Provocat hat nämlich die Frist durch Anstellung der Hauptklage gewahrt; es würde hart sein, ihm bei Abweisung der Klage in der angebrachten Maße ewiges Stillschweigen aufzuerlegen, da die fehlerhafte Abfassung der Klage doch meistens in der Schuld des Anwaltes begründet sein wird.

Stillschweigens binnen bestimmter Frist auferlegt werde[109]). Hat der Provocat die Hauptklage nicht erhoben, sondern sich nur zu deren Erhebung erboten, so ist ihm auf Antrag des Provocanten eine Frist zu deren Anstellung unter dem Präjudiz ewigen Stillschweigens zu setzen[110]). 2) Wenn der Provocat erklärt, er behaupte keinen Anspruch gegen den Provocanten zu haben, so wird ihm durch Urtheil ewiges Stillschweigen auferlegt[111]), er kann auch, wenn die Diffamation eingeräumt ist, in die Kosten des Provocationsprocesses verurtheilt werden. 3) Stellt der Provocat binnen der zu seiner Erklärung ihm bestimmten Frist die Diffamation in Abrede, oder bestreitet die Statthaftigkeit der Provocation[112]), so ist im ersteren Falle auf Beweis der Diffamation zu erkennen[113]), im zweiten Falle, nach vorgängiger Verhandlung, wenn es nöthig ist, ebenfalls Beweis zu verlangen, oder sonst nach den über die Provocation geltenden Grundsätzen sofort zu entscheiden, welche Entscheidung darin besteht, daß entweder sofort, bezüglich nach geführtem Beweise, die erhobene Provocation, unter Verurtheilung des Provocanten in die Kosten des Provocationsprocesses, abgewiesen, bezüglich Provocat von solcher entbunden, oder dem Provocaten die Anstellung der ihm angeblich zustehenden Hauptklage binnen bestimmter Frist bei Vermeidung ewigen Stillschweigens auferlegt wird[114]). 4) Wenn binnen der zur Erklärung bestimmten Frist der Provocat sich weder gegen die Provocation vertheidigt, noch die Klage anstellt, so wird ihm zur Anstellung der Klage unter dem Rechtsnachtheile ewigen Stillschweigens auf des Provocanten Antrag eine Frist gesetzt; erhebt der Provocat binnen der gesetzten Frist die Klage nicht, so wird nach vor-

---

109) Kritz, Rechtsfälle Bd. I, S. 48 flg. Höpfner a. a. O. S. 50 flg. Das Präjudiz des Verlustes des Klagrechtes, welches diese Rechtslehrer mit Osterloh a. a. O. §. 105 angedroht wissen wollen, ist dem sächsischen Processe eigenthümlich. (Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 86.) Im wesentlichen hat aber die poena perpetui silentii dieselbe Wirkung; denn wenn die neue Klage wieder nicht tadellos ist, so muß auf ewiges Stillschweigen erkannt werden, wovon die Folge ist, daß wegen desselben Anspruches nicht wieder geklagt werden kann.

110) Mittermaier, summ. Proc. S. 274, N. 90. Bayer a. a. O. §. 57, N. 6. Schmid a. a. O. §. 184.

111) Linde, Civilproc. S. 337. Mittermaier a. a. O. S. 275. Ist auch vom Provocaten außergerichtlich erklärt worden, daß er aus Irrthum diffamirt habe, so befreit ihn dies nicht vom Erscheinen vor Gericht auf die erhobene Provocation, da die Provocation öffentliche, gerichtliche Rechtfertigung bezweckt. Schweitzer a. a. O. S. 39 und die daselbst in N. 35 angeführten Schriftsteller.

112) Dabei steht ihm auch der Gebrauch anderer sonst zuständiger Vertheidigungsmittel frei, wie der Einrede des incompetenten Gerichtsstandes, der fehlenden Sach- oder Proceßlegitimation u. s. w. Schmid a. a. O. §. 184, N. 23.

113) J. A. A. §. 83, welcher vollkommenen Beweis hierbei fordert.

114) Bayer a. a. O. §. 57. Schmid a. a. O.

hergegangener Ungehorsamsbeschuldigung [114a]) von Seiten des Provocanten gegen den Diffamaten und Provocaten auf Verlust des Klagrechtes sammt allen accessorischen Rechten förmlich erkannt [115]). Gegen das Erkenntniß im Provocationsprocesse finden die gewöhnlichen Rechtsmittel statt [116]). Ueber die Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses entscheiden die Grundsätze über die Rechtskraft überhaupt; namentlich ist man darin einverstanden, daß die Auferlegung ewigen Stillschweigens sowohl die Klage als jede Einrede wegen des gerühmten Anspruches vernichtet, sei es, daß der Provocat davon bei dem Gerichte des Provocationsprocesses oder bei einem anderen Gebrauch zu machen sucht [117]). Auch die Erben und Singularsuccessoren des Provocaten sind an das rechtskräftige Erkenntniß gebunden [118]). Dem Provocaten, welcher ungeachtet des auferlegten Stillschweigens die Diffamation fortsetzt, hat der Richter angemessene Geld- oder Gefängnißstrafe anzudrohen, solche auch bei Fortdauer des Ungehorsams zu vollziehen, und auf diese Weise für Verwirklichung des Erkenntnisses zu sorgen [119]).

B. Provocatio ex Lege Si contendat. I. Begriff und Ursprung. Die provocatio ex Lege Si contendat ist die gerichtliche Aufforderung von Seiten eines künftigen Beklagten, welcher gewisse peremtorische

---

114a) Daß die Frist zur Erhebung der Klage eine Nothfrist sei, wie Schweitzer a. a. O. S. 145 annimmt, läßt sich nur nach sächsischem Processe, nicht nach gemeinem, behaupten.

115) Leyser, med. ad Pand. Sp. 81. med. 8. Glück a. a. O. S. 496. Bayer a. a. O. §. 57, N. 8. Mittermaier, summ. Proc. S. 275. Schmid a. a. O. Im Falle der Provocation wegen Verläumdungen ohne gleichzeitige Beilegung eines Klagrechtes wird, wenn man solche überhaupt zuläßt, es für nöthig gehalten, für die Befolgung des ewiges Stillschweigen auferlegenden Erkenntnisses durch anzudrohende Strafen für den Zuwiderhandlungsfall Sorge zu tragen, was zweckmäßig schon im Erkenntnisse geschehen kann. Bayer a. a. O.

116) Danz, summ. Proc. §. 31, N. **. Schweitzer a. a. O. S. 161. Schmid a. a. O. §. 184, N. 26. Anderer Meinung ist Claproth, summ. Proc. §. 281. Glück a. a. O. S. 495, N. 87, welcher letztere Rechtsmittel jedoch nur dann ausschließt, wenn wahrer Ungehorsam des Provocaten vorlag; in Gemäßheit von L. 23. §. 3. D. (49 1.) L. 1. C. (VII. 65.)

117) Berger, Elect. proc. prov. §. 42. Danz a. a. O. §. 32. Schweitzer a. a. O. S. 144, 145.

118) Schweitzer a. a. O. S. 145, 146. Kori, summ. Proc. S. 262.

119) Schweitzer a. a. O. S. 147. Danz a. a. O. Glück a. a. O. S. 496. Schmid a. a. O. Nur wenn der Provocat sich desselben Anspruches aus einem anderen oder später entstandenen Grunde rühmt, wird neue Provocation nöthig. Kori a. a. O. S. 262. Osterloh, summ. Proc. §. 107, N. 1, davon ist aber dann eine Ausnahme zu machen, wenn Provocat bei der ersten Diffamation sich des Anspruches im allgemeinen berühmte, ohne einen bestimmten Erwerbsgrund für denselben anzugeben; denn dann ist er durch das auferlegte ewige Stillschweigen an der Geltendmachung desselben Anspruches aus jedem Grunde verhindert, außer aus einem später entstandenen; es kann also solchenfalls eine Diffamation aus einem bestimmten Grunde nicht zu einer neuen Provocation führen.

oder die Begründung der Klage angreifende Einreden hat, und aus Zögerung dessen, welchem diese Einreden entgegenstehen würden, mit Anstellung der Klage Verlust dieser Einreden durch künftige, von seiner, des Provocanten, Willkür unabhängige Veränderung der Umstände befürchtet, zum Zweck der Erhaltung dieser Einreden an den zur Klage Berechtigten seine Klage binnen vom Gerichte zu bestimmender Frist zu erheben oder sich im Unterlassungsfalle zu gewärtigen, daß die dem Beklagten zustehenden Vertheidigungsmittel eben so wirksam wie zur Zeit der Provocation bleiben, und die aus solcher Veränderung der Umstände dem Kläger etwa erwachsender Repliken nicht beobachtet werden sollen[120]). Ob diese Provocation eine Provocation zum Klagen oder zum Repliciren sei, ist eine von jeher sehr bestrittene Frage. Die richtige und von den Lehrern des gemeinen Processes fast durchgehends gebilligte Ansicht hält sie für eine Provocation zur Klage[121]). Die entgegengesetzte Auffassung der Provocation als einer Aufforderung an den Provocaten, bei Strafe des Ausschlusses schon jetzt die ihm etwa gegen die Einrede des Beklagten zustehende Replik zu gebrauchen, würde dazu führen, daß der Proceß mit der Replik anfinge und daher gegen den Grundsatz verstoßen, daß keine Einrede ohne Klage, keine Replik ohne Einrede denkbar sei[122]); auch würde dieser Einwand nicht dadurch beseitigt, daß die Vertheidiger dieser Ansicht in der Erhebung der Provocation nicht blos ein Zugeständniß des Klaggrundes des Provocaten von Seiten des Provocanten, sondern auch schon ein Vorbringen der Einrede des Provocanten finden und dadurch Versetzung der Sache in eine solche Lage, daß der Provocat sofort repliciren könne, begründet annehmen; denn wollte man auch in der Erhebung der Provocation ein Vorbringen der Einreden von Seiten des Provocanten finden, so könnte doch zufolge des allgemein anerkannten Grundsatzes: qui excipit, non fatetur, ein Zugeständniß des Klaggrundes von Seiten des Provocanten nicht angenommen werden[123]). Auch ist es nicht richtig, daß der Provocant durch Erhebung der Provocation seine Einreden vorbringe; denn die Einrede, welcher allerdings in dem Pro-

120) Adolph Martin in Chr. Martin und Walch, Magazin Bd. I. H. 3. S. 257—343.

121) Schweitzer a. a. O. S. 65—67. Glück a. a. O. Bd VI. S. 502. Bayer a. a. O. §. 58. Mittermaier, summ. Proc. S. 275 flg. Martin a. a. O. §. 4. 13. Linde, Civilproc. §. 338. Martin, Civilproc. §. 257. Als Provocation ad replicandum wird sie angesehen von Wernher, Obs. for. T. II. P. 10. obs. 315. Schaumburg, princ. prax. jurid. lib. II. cap. 6. §. 2. Hellfeld, jurisprud. for. §. 533. Schon der Glossator Bartolus scheint letzterer Ansicht gewesen zu sein. S. die bei Martin im Magaz. S. 273, N. a citirten Stellen. Derselbe führt auch S. 273 flg. andere dieser Ansicht folgende Rechtslehrer auf.

122) Mittermaier a. a. O. S. 276 flg.

123) Martin, im Magaz. S. 335.

vocationsvortrage Erwähnung geschehen muß, erscheint hier nicht in ihrer Eigenschaft als Einrede, sondern als ein Theil des Fundamentes der Provocation, des Klaggrundes in diesem vorbereitenden Processe[124]). Endlich würde bei der Auffassung der Provocation als provocatio ad replicandum es an einem Präclusivtermin für die Einreden des Beklagten fehlen, von dem man doch einen Verzicht auf die ihm neben der Einrede, wegen welcher er provocirt hat, zustehenden Ausflüchte anzunehmen keineswegs befugt ist[125]). Dennoch ist die Ansicht, daß die Provocation provocatio ad replicandum sei, in verschiedene Landesgesetze übergegangen[126]). Die Provocation ist eine Aufforderung zur Erhebung der Klage gegen den Provocanten selbst. Mehrere lassen sie zwar auch als Aufforderung zur Erhebung einer Klage gegen einen

---

124) Bayer a. a. O. §. 58, N. 3. Mittermaier a. a. O. S. 277, 278. Schmid a. a. O. §. 185, N. 2. Deshalb kann man auch die etwaigen Einwendungen, welche der Provocat im Provocationsprocesse entgegensetzt, nicht Repliken, sondern nur Einreden im Provocationsprocesse nennen, sollten sie auch, in der Hauptsache angebracht, wahre Repliken sein. Bayer ebend.

125) Martin, im Magaz. S. 335 flg.

126) Cod. jur. judic. Bavar, Cap. IV. §. 6. Hanauische Untergerichtsordnung von 1764. Tit. 31. §. 10—16. K. sächs. Erl. P. O. Tit. 5. §. 5. Altenb. P.-O. P. P. I. Cap. 2. §. 4. Goth. P.-O. P. I. Cap. 2. §. 8. Das zuletzt erwähnte Gesetz ist aber nicht recht klar. Auf der einen Seite zählt es die Provocation zu den Fällen, wo Jemand zur Erhebung einer Klage gezwungen werden könne; auf der anderen Seite soll das Gesuch des Provocaten dahin gerichtet werden, daß der Provocat angewiesen werde, sich auf die angeführten Einreden einzulassen und zu repliciren. Die neueste Goth. Gesetzgebung (Ges. über den unbest. summar. Proceß v. 12. October 1837. §. 69) betrachtet die Provocation als Aufforderung zur Klage. Schweitzer a. a. O. S. 66 beseitigt die in den angeführten sächsischen Gesetzen sanctionirte Auffassung durch die Bemerkung, daß in Ansehung der Lehrsätze und Begriffe von juristischen Geschäften sächsische Gesetze eben so wenig verbindend seien, als römische. Dagegen bezieht sich Osterloh, summ. Proc. §. 101, N. 5. auf die ausdrückliche Bestimmung jener Gesetze, findet aber nichtsdestoweniger darin keine Abweichung des sächsischen Processes von der gemeinrechtlichen Theorie. Er betrachtet nämlich die hier fragliche Provocation als eine wirkliche Klage auf Sicherstellung einer im künftigen Hauptprocesse vorzuschützenden Einrede, deren Verlust drohte, mithin als eine völlig selbstständige Klage, nicht als die Vorschützung einer Ausflucht; auf diese Klage habe der Provocat sich einzulassen, namentlich auch auf die in derselben geltend gemachte gegen die künftige Hauptklage gerichtete Ausflucht, auf deren Sicherstellung der Provocant angetragen habe, bei welcher Einlassung dem Provocaten unbenommen bleibe, Exceptionen aller Art vorzuschützen, namentlich auch solche Einwendungen gegen die in der Provocationsklage behauptete Ausflucht, welche im Hauptprocesse als Repliken oder replicatorische Beantwortungen zu betrachten sein würden. Er rechtfertigt dadurch die in den angeführten sächsischen Gesetzen enthaltene Auffassung der Provocation als provocatio ad replicandum, und das Präjudiz „bei Verlust der habenden Replik" mit der näheren Erläuterung, daß diese Replik im Provocationssatze nicht die Stelle eines Replikſatzes, sondern einer Einlassung einnehme, während sie im Hauptprocesse allerdings in den Replikſatz gehört haben würde, wenn die präparatorische Entscheidung im Provocationsprocesse durch Anstellung der Hauptklage vermieden worden wäre.

Dritten zu[127]), z. B. von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zum Zweck der Klagerhebung gegen den Hauptschuldner, damit ihm, dem Bürgen, die Einrede der Excussion erhalten werde. Die Provocation in dieser Ausdehnung kann aber weder aus den Gesetzen, noch durch die Praxis begründet werden[128]). Vielmehr steht folgendes entgegen. 1) Die Stellen des römischen Rechtes, auf welche man sich zur Rechtfertigung berufen hat[129]), enthalten zwar Fälle, in welchen Jemand gegen einen Anderen klagen kann, damit letzterer gegen einen Dritten klage; es liegt allen diesen Fällen eine Pflicht des zum Klagen Aufgeforderten, dem Auffordernden etwas durch die anzustellende Klage zu Erlangendes zu leisten, mithin eine obligatio ad agendum zum Grunde, an der es bei der provocatio ex Lege Si contendat gebricht, für welche daher durch jene Stellen nichts bewiesen wird. 2) Dem gewöhnlichsten der Fälle, in welchem eine provocatio ad agendum contra tertium statthaft sein soll, nämlich der Befugniß des Bürgen, den Gläubiger zur Klage gegen den Hauptschuldner aufzufordern, steht entschieden entgegen, daß das römische Recht dem Bürgen, wenn er den Gläubiger aufgefordert hat, den Schuldner zur Zahlung anzuhalten oder das Pfand zu verkaufen, und der Gläubiger dies nicht gethan hat, die exceptio doli mali gegen den Gläubiger versagt[130]). 3) In der Praxis, durch welche die provocatio ex Lege Si contendat entstanden ist, hat eine solche Provocation zur Erhebung einer Klage gegen einen Dritten nie Anerkennung gefunden[131]). Nichtsdestoweniger haben Landesgesetze in einzelnen Fällen die Zulässigkeit einer solchen Provocation anerkannt[132]). — Die provocatio ex Lege Si contendat verdankt ihren Ursprung den Glossatoren. Diese

---

127) Glück a. a. O. S. 309. Andere Schriftsteller führt an Martin im Magaz. S. 276.

128) Vgl. besonders Martin a. a. O. S. 336—343.

129) L. 13. §. 30. D. (19. 1.) L. 60. §. 5. D. (19. 2.) L. 2. §. 7. D. (14. 2.) L. 8. §. 3. D. (33. 5.) L. 75. 78. §. 3. 4. D. (30). L. 2. §. 28. D. (43. 8.)

130) L. 62. D. (46. 1.) Martin a. a. O. S. 341 flg. Mittermaier a. a. O. S. 268.

131) Martin a. a. O. S. 343. Bayer a. a. O. §. 60. Vielmehr haben die meisten Juristen die Provocation ex Lege Si contendat immer als provocatio ad agendum contra provocantem angesehen. Schweizer a. a. O. S. 63, 79. Danz, summ. Proc. §. 33. Gönner, Hdbch. Bd. IV. N. 83. S. 74. Martin, Civilproc. §. 257. Heffter, Civilproc. §. 422. Ad. Martin, im Magaz. S. 257. Linde, Civilproc. §. 338. Bayer a. a. O. §. 60. Mittermaier, summ. Proc. S. 268. Schmid, Hdbch. §. 185, welcher in N. 3 noch andere Schriftsteller anführt.

132) Goth. P.-O. P. I. Cap. 2. §. 8. „Wenn Jemand für einen fidejubiret hat und gerne von der Bürgschaft los sein wollte, so kann der Bürge den Creditorem gerichtlich anhalten, daß er dem Debitori das Capital aufhändigen und, nach Ablauf des in der Obligation gesetzten Bezahlungstermines, den Debitorem zur Bezahlung zwingen, mithin solchergestalt den Bürgen liberiren oder gewärtigen müsse, daß dieser von der Bürgschaft losgesprochen werde."

glaubten in mehreren Stellen des römischen Rechtes[133]), besonders aber in der L. 28. D. de fideiuss. et mandat. XLVI. I, von deren Anfangs=

Das Goth. Gesetz über den unbest. summ. Proceß vom 12. October 1837 §. 69 sagt, die provocatio ex Lege Si contendat stehe dem Bürgen gegen den Gläubiger auf Klagerhebung gegen den Hauptschuldner zu, wenn bei längerem Aufschub zu besorgen sei, daß der Hauptschuldner ganz oder theilweise zahlungsunfähig werden möchte. Mit der Goth. Proceßordn. stimmt im wesentlichen überein die Gerichtsordnung der freien Stadt Bremen von 1820, §. 389, 390.

133) Die hierher gehörigen Stellen enthalten aber nichts von einer solchen Provocation. L. 6. D. (34. 5.) spricht nur von einem Zwange zum Wählen, aber nicht zum Klagen und selbst in dem Antrage des Erben, welcher etwa das darin erwähnte Decret veranlaßt, liegt nur das Gesuch zur Bestimmung einer Frist zur Wahl, durch deren Ablauf nicht einmal das Wahlrecht des Legatars verloren geht. L. 3. §. 5. D. (37. 10.) läßt zwar, wenn das Kindesverhältniß eines Pupillen zum Erblasser in Zweifel gestellt wird, die missio ex Carboniano edicto und den Aufschub des Streites bis zur Pubertät des Pupillen zu; erklärt aber bei daraus dem Pupillen erwachsenden größerem Vortheile die sofortige Erledigung des Rechtsstreites für statthaft; daß aber die Personen, welche den status des Pupillen bestritten, zur Klagerhebung deshalb aufgefordert worden wären, findet sich nicht ausgesprochen, sondern es wird vorausgesetzt, daß die Klage bereits angebracht worden sei. L. 4. pr. D. (42. 5.) enthält nur die Möglichkeit der Bestimmung einer Frist zur Erfüllung der Bedingung auf Antrag der Gläubiger in dem Falle, wenn ein Sclave unter einer Bedingung als Erbe eingesetzt ist. Aehnlichen Inhaltes ist L. 1. pr. D. (42. 7.) In der L. 4. C. V. 56. ist die allgemeine Regel, daß Niemand zur Erhebung einer Klage gezwungen werden könne, in Bezug auf die tutelae actio des Pupillen gegen den Tutor anerkannt, dem Tutor jedoch nachgelassen, durch die gerichtliche Erklärung seiner Bereitwilligkeit, dem ehemaligen Pupillen die schuldige Summe zu zahlen, den Zinsenlauf der Schuld (welche er wegen Unbekanntschaft mit deren Betrage nicht bei Gericht niederlegen konnte) zu hemmen, vorausgesetzt, daß wiederholte gerichtliche Aufforderungen an den Pupillen, vor Gericht zu erscheinen und sich mit dem Tutor zu berechnen, fruchtlos gewesen sind. L. 6. C. de remiss. pign. VIII. 25. (26.) enthält ebenfalls nichts auf die fragliche Art der Provocation Bezügliches. Allerdings lag wohl in dem Gesuch um Erlassung des in der Stelle erwähnten Programms eine Aufforderung an alle Pfandgläubiger, ihre Ansprüche in Bezug auf das einzelne Pfand gegen dessen Verkäufer zu verfolgen; allein theils war der Zweck dieser Aufforderung nicht die Erhaltung von Einreden oder Beweismitteln, theils bezeichnet der Schluß der Stelle offenbar nicht eine den nicht erscheinenden Pfandgläubigern wegen ihres Ungehorsams drohenden Strafe, deren ausdrücklicher Androhung es doch vorher bedurft hätte, sondern die bloße Folge ihres Schweigens, welche hier, wo sie reden konnten und sollten, in der Annahme eines stillschweigenden Verzichtes bestehen mußte. Ad. Martin, im Magaz. S. 284—300. Auch die Stellen des kanonischen Rechtes, worauf ältere Juristen die fragliche Provocation mit gründen wollen, enthalten nichts darauf Bezügliches. Im cap. 4. X. II. 2 liegt nicht die entfernteste Andeutung von einer Aufforderung zum Klagen, sondern spätere Juristen finden sie. Die Worte des cap. 4. X. IV. 17: Si vero intra duos menses praefatus Hugo non poterit probare legitime, quod obiecit etc. zeigen deutlich, daß hier nur einem Beklagten eine bestimmte Frist zum Beweise seiner vorgeschützten Einrede, nicht aber zur Anbringung einer Klage gesetzt wird, was mithin mit der Provocation nichts gemein hat. Cap. 8. X. II. 2 enthält eine auf eine specielle criminalproceſſualische Frage bezügliche Entscheidung, welche keine Anwendung auf den Civilproceß zuläßt und daher am wenigsten für die Provocation gebraucht werden kann. Cap 5. X. III. 22 redet zwar von einer dem

worten dieses Rechtsmittel seinen Namen erhalten hat, diese Provocation begründet [134]). Ueber die Auslegung dieser Stelle selbst sind die Ansichten verschieden [135]). Die Provocation kann darauf nicht be-

Bürgen gegen den Hauptschuldner zustehenden Klage wegen der Besorgniß, daß letzterer zahlungsunfähig werden möchte, wodurch dann die Einrede der Excussion verloren gehen würde. Allein theils steht dem Hauptschuldner als solchem keine Klage gegen den Bürgen zu; es ist also darin nicht von einer provocatio ad agendum (und noch weniger ad replicandum) die Rede; theils bezweckt diese Klage des Bürgen nicht den Schutz seiner Einrede der Excussion, was doch allein dem Zwecke der Provocation entsprechen würde, sondern gänzliche Befreiung von aller Verbindlichkeit, für welchen Zweck es jedoch nicht der Einführung eines neuen Rechtsmittels bedurfte, da schon das römische Recht (L. 10. C. IV. 35.) in den in der kanonischen Gesetzstelle erwähnten Fällen dem Bürgen eine Klage gegen den Schuldner auf Befreiung von der Bürgschaft gab. Martin a. a. O. S. 301—306.

134) Das in dieser Stelle vorkommende Wort etiam ist offenbar der Grund gewesen, welcher die Glossatoren zur Annahme einer actio, um das beneficium divisionis geltend zu machen, bewog. Die Glosse zu dieser Stelle sagt: non solum poterit agi, ut fiat divisio, sed etiam etc. Cf. Bartolus ad L. 28. cit. Martin a. a. O. S. 283, N. 6. Bayer, summ. Proceß §. 59, N. 1. Schmid, Hdbch. §. 185, N. 5.

135) Die Worte des Gesetzes sind: Si contendat fideiussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint. Einige finden darin die Bestimmung, daß, wenn der Gläubiger einen von mehreren Bürgen belangt, der verklagte Bürge die exceptio divisionis zu einer Zeit, wo die übrigen Bürgen noch im Stande der Zahlungsfähigkeit waren, entgegengesetzt, der Gläubiger aber gegen die übrigen Bürgen nicht geklagt hat, dem zuerst verklagten Bürgen, wenn er später von neuem vom Gläubiger belangt werde, die exceptio divisionis auch dann zu gestatten sei, wenn die übrigen Mitbürgen nicht mehr zahlungsfähig sein sollten. Meister, de falsa prob. proc. provoc. ex iure Romano 1742 cap. 4. §. 13. Höpfner, Comm. §. 841. Danz, summ. Proc. §. 18, N. g. Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 73, §. 2, S. 63. Andere folgen der schon von Cujas gegebenen Auslegung. Nach dieser enthält die Stelle die Bestimmung, daß wenn ein verklagter Bürge vor dem Prätor (in iure) behauptet, daß die übrigen Mitbürgen zahlungsfähig seien, so soll die Clausel „es wäre denn, daß die Mitbürgen bezahlen könnten" als exceptio divisionis in die dem iudex zu gebende formula aufgenommen werden. Hiernach sind die Schlußworte des Gesetzes so zu lesen: exceptionem ei dandam: si non et illi solvendo sint. Cujac. comm. ad lib. 25. Pauli ad edictum ad l. l. Hugo, civil. Magazin Bd. I, H. 3, Nr. 13, S. 98 f. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 502. Martin a. a. O. S. 283, 284. Neuerdings hat Schmid, Hdbch. §. 185, N. 6 sich gegen die letztere Auslegung erklärt, theils weil darnach das Wort etiam ein ganz überflüssiger Zusatz sei, theils weil dagegen der Umstand entscheidend sei, daß, wenn die exceptio divisionis erst in iudicio, also nach der Litiscontestation, ihre Erledigung hätte finden sollen, die übrigen confideiussores durch die negative Wirkung der mit dem einen in solidum belangten Bürgen vollzogenen Litiscontestation sofort ihre gänzliche Befreiung erlangt haben würden. Dagegen ist zu bemerken, daß auf das Wort etiam kein Gewicht zu legen ist und dasselbe ohne Bedenken für einen überflüssigen Zusatz erklärt werden kann, zumal in der in die Basil. lib. XXVI. tit. 1. cap. 28. edit. Heimb. T. III. p. 93 aufgenommenen Digestenparaphrase des Anonymus, wahrscheinlich des unter Justinian noch lebenden Novellenepitomator Julianus, dasselbe ganz weggelassen ist. Die Stelle wird dort so wiedergegeben: Ὁ εἷς τῶν ἐγγυητῶν λέγων, εὐπόρους εἶναι τοὺς συνεγγυητὰς αὐτοῦ, ἔχει παραγραφήν. Unus ex

gründet werden. Dennoch ist die Ansicht der Glossatoren durch die Praxis allgemein anerkannt worden [136]), obgleich die Reichsgesetze ein gänzliches Stillschweigen über diese Provoation beobachten [137]). Auch in der Landesgesetzgebung wird die provocatio ex Lege Si contendat erst seit dem 18. Jahrhundert erwähnt, obwohl die provocatio ex Lege Diffamari darin schon vom Anfange des 17. Jahrhunderts an vorkommt [138]).

II. Allgemeine Grundsätze. Die Voraussetzungen, unter welchen die provocatio ex Lege Si contendat stattfindet, sind: 1) Der Provocant muß gegen die vom Provocaten anzustellende Klage eine wahre, schon dem Rechtsverhältnisse selbst nach statthafte und perem-

---

fideiussoribus dicens, confideiussores ipsius solvendo esse, habet exceptionem. Die erwähnte negative Wirkung der Litiscontestation ist durch Justinian in L. 28. C. de fideiuss. et mandat. (VIII. 40. (41.)) im Jahre 531 in Bezug auf die fideiussores aufgehoben und bestimmt worden, daß durch die Litiscontestation mit Einem mehrerer fideiussores, welche für dieselbe Schuld fidejubirt hatten, die übrigen nicht befreit werden sollen. Da diese Constitution vor Bekanntmachung der Pandecten erlassen worden ist, so ist die L. 28. D. (20. 46. 1.) im Sinne dieser Constitution zu verstehen und der von Schmid gegen die von Cujas zuerst aufgestellte Erklärung dieser Gesetzstelle aus der negativen Wirkung der Litiscontestation hergenommene Grund mag zwar nach älterem Rechte dagegen entscheiden, nach dem neuesten Rechte aber enthält die Stelle die Bestimmung, daß Einem unter mehreren fideiussores, der in solidum verklagt ist, die exceptio divisionis zustehe. Daß im übrigen in den Digesten viele Spuren der negativen Wirkung der Litiscontestation, welche dieselbe vor der gedachten Verordnung Justinians hatte, vorkommen, ist nicht zu leugnen; es finden sich aber überhaupt viele Spuren des älteren Rechtes in den Digesten, obgleich den Compilatoren die abändernden Constitutionen späterer Kaiser und namentlich Justinians nicht unbekannt sein konnten, was sich aus der Flüchtigkeit und Eile, womit die Compilatoren verfuhren, zur Genüge erklärt. Uebrigens ist L. 28. D. (46. 1.) eine aus dem Zusammenhange gerissene Stelle, wie schon daraus hervorgeht, daß nicht einmal ersichtlich ist, wovon der Accusativ mit dem Infinitiv, exceptionem ei dandam etc. abhängt.

136) Ad. Martin a. a. O. S. 314 flg.

137) Ad. Martin a. a. O. S. 306.

138) Ad. Martin a. a. O. S. 307—314. Dieser zählt folgende Landesgesetze auf, in denen die provocatio ex Lege Si contendat vorkommt: Rudolst. P.-O. v. 1704, P. II, Tit. I, §. 5. Kursächs. Erl. P.-O. v. 1724, Tit. V, §. 6, 7. Hildesheim. revid. Hofgerichtsordn. v. 1730 Tit. 26. Preuß. Gerichtsordn. v. 1793 Th. I, Tit. XXXII, §. 1, 34. Frankf. P.-O. v. 1812 Tit. XLV. Brem. Gerichtsord. v. 15. Oct. 1820 §. 387—391. Dess. Erl. zur Anhalt. Landes- u. Proceßordn. v. 1822 Anh. Cap. 5, §. 2. Hannov. P.-O. für die Untergerichte v. 1827 Th. III, Tit. VI, §. 139. Außerdem wird sie noch in folgenden Landesgesetzen erwähnt. Altenb. P.-O. v. 1744 P. I, Cap. 2, §. 4. Gesetz über den unbest. summ. Proceß v. 7. April 1823 §. 10 lit. b. und §. 21. Goth. P.-O. v. 1776 P. I, Cap. 2, §. 8. Gesetz über den unbest. summ. Proceß v. 12. Oct. 1837 §. 69. Reuß. j. Linie, Gesetz über den unbest. summ. Proceß v. 24. März 1838 §. 1. Dess. Köth. revid. Erl. zur Anhalt. Landes- und Proceßordn. v. 21. Juli 1850 Anhang Cap. 5, §. 2. Vgl. über den Inhalt dieser Gesetze Heimbach, Lehrbuch des sächs. bürgerl. Processes Bd. II, §. 12, N. 6, §. 37, N. 7, lit. b, §. 39, N. 7, §. 175, 177.

torische Einrede[139]), oder ein anderes Vertheidigungsmittel, durch welches die Klage als nicht fundirt erscheint[140]), haben. Wegen Einwendungen, welche sich blos auf die Beschaffenheit des concreten Klagvortrages beziehen, oder blos dilatorischer Einreden ist die Provocation deshalb unstatthaft, weil der Provocat erst durch die Provocation zur Erhebung der Klage aufgefordert und jene Einwendungen meistens erst durch die Klagerhebung veranlaßt werden[141]). Die Behauptung einiger, besonders sächsischer Processualisten[142]), daß die Einrede, zu deren Erhaltung die Provocation geschieht, dann, wenn der Anspruch des Provocaten zur Ausführung im Executivprocesse geeignet ist, ebenfalls durch Urkunden erweislich sein müsse[143]), ist insofern unbegründet, als es der Liquidität nicht bedarf, um der Einrede ihre sonst gefährdete Wirksamkeit zu erhalten; denn letzterer Zweck würde auch durch Verweisung der illiquiden Einrede zur besonderen Ausführung erreicht[144]). Außer dem Verluste eines der erwähnten Vertheidigungsmittel können andere Nachtheile, welche durch Zögerung mit der Klage entstehen

---

139) Neuerdings lassen Manche den Gebrauch der Provocation nicht blos wegen peremtorischer Einreden, sondern auch wegen anderer die Sache selbst (die merita causae) betreffenden Einreden zu, weil man darüber einverstanden ist, daß die Provocation auch zur Erhaltung der Einrede der Excussion statthaft sei, die nach ihrer Natur nicht immer peremtorische Wirkung habe, sondern bisweilen nur Aufschub der Klaganstellung gegen den Bürgen bewirke; z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 504. Ad. Martin a. a. O. S. 324, N. z. Martin, Civilproc. §. 237. Linde, Civilproc. §. 338. Bayer, summ. Proc. §. 60, N. 10. Dagegen erinnert Schmid, Hdbch. §. 186, N. 1 mit Recht, daß, wenn auch die Provocation wegen der exceptio excussionis und divisionis zugelassen werden müsse, dies doch mit der Bestimmung, daß die Einrede eine peremtorische sein müsse, nicht im Widerspruche stehe, indem die wirklich begründete und als solche anerkannte exceptio excussionis und divisionis stets als peremtorische Einrede erscheine. Es genügt indessen, auf die Ausführung von Schmid zu verweisen, welche als richtig anerkannt werden muß. Selbst wenn man diese Einreden in dem Falle, wenn sie zunächst nur die Erhebung einer Klage gegen einen Anderen zur Folge haben, diese Klagerhebung aber erfolglos ist und die Durchführung des solidarischen Anspruches nicht hindert, als dilatorisch ansieht, darf man die Regel, daß die Provocation blos wegen peremtorischer Einreden stattfinde, nicht verwerfen, weil die Provocation jedenfalls nur den Zweck hat, diesen Einreden ihre peremtorische Natur zu erhalten, mithin dieselben hier nur als peremtorische berücksichtigt werden. Schmid a. a. O. S. auch Schweitzer a. a. O. S. 69.

140) Als ein solches erscheint z. B. die sog. exceptio non numeratae pecuniae. Glück a. a. O. S. 507 und die in dessen N. 19 angeführten Rechtslehrer.

141) Glück a. a. O. S. 504. Ad. Martin a. a. O. S. 324, N. z. Bayer a. a. O. §. 60, N. 10. Schmid a. a. O. §. 186.

142) Berger, Elect. proc. provoc. §. 32. Griebner, princ. proc. Lib. II. cap. 8. §. 3. Schaumburg, princ. prax. iurid. Lib. II. cap. 6. §. 9. Schweitzer a. a. O. S. 70 flg. Osterloh, summ. Proc. §. 102, N. 6.

143) Schweitzer a. a. O. S. 71 will die Provocation als Wiederklage angesehen wissen. Osterloh a. a. O. meint, der Provocat müsse geradezu Wiederklage erheben.

144) Schmid a. a. O. §. 186, N. 3.

können, nicht zu dieser Provocation berechtigen[145]). Man kann sich deshalb weniger auf Gesetzgebung berufen, welche diesen Grundsatz nicht anerkannt habe[146]), da überhaupt die fragliche Provocation in den gemeinrechtlichen Gesetzen keine Stütze hat, als darauf, daß eine communis doctorum opinio, welche die Provocation in diesem Umfange anerkennt, nicht erweislich ist. Insbesondre steht aber der entgegengesetzten Ansicht entgegen, daß, wenn man dieser folgen wollte, die gesetzliche Regel, daß Niemand wider seinen Willen zur Klage gezwungen werden könne, der Willkür des Beklagten verfallen und zur Ausnahme werden würde, da dem Beklagten der Nachweis irgend eines Nachtheiles, welchen die Zögerung mit der Klagerhebung für ihn haben könnte, fast überall leicht sein würde[147]). 2) Durch die Zögerung mit der Klagerhebung muß Gefahr für den Verlust der Einrede selbst oder des die Begründung der Klage angreifenden Vertheidigungsmittels zu besorgen sein; bloße Gefahr des Verlustes von Beweismitteln im allgemeinen oder für die Einreden insbesondre kann die Provocation nicht begründen; denn abgesehen davon, daß weder Gesetz noch übereinstimmende Praxis sich für Statthaftigkeit der Provocation in solchen Fällen aussprechen, bedurfte es nie der Provocation in diesen Fällen, da zur Erreichung des gleichen Zweckes, den die Provocation haben würde, nämlich zur Erhaltung der Beweismittel, ein im gemeinen Rechte anerkanntes, keine Ausnahme von der Regel, daß Niemand zum Klagen gezwungen werden könne, enthaltendes Institut, der Beweis zum ewigen Gedächtniß vorhanden und vollkommen diesen Zweck zu verwirklichen geeignet ist[148]). 3) Das Klagrecht des Provocaten darf von keinem Termine und keiner Be-

---

145) Allerdings ist dies bestritten. Der hier angenommenen Meinung sind Ludovici, Einleitung zum Civilproc. Cap. 6, §. 5. Schweitzer a. a. O. S. 83 flg. Martin, Civilproc. §. 257, N. c. Linde, Civilproceß §. 338, N. 3. Heffter, Civilproc. §. 422. Ad. Martin a. a. O. S. 320 f. Bayer a. a. O. §. 60, N. 11. Breidenbach, im Archiv für civil. Pr. Bd. III, S. 326 flg. Mittermaier, summ. Proc. S. 267. Osterloh, summ. Proc. §. 102, N. 8. Schmid, Hdbch. §. 186. Die entgegengesetzte Ansicht namentlich für den Fall, daß Verlust von Beweismitteln droht, haben schon einzelne Glossatoren des kanonischen Rechtes (s. Ad. Martin a. a. O. S. 270 flg.); von späteren Juristen seit dem Anfange des 18. Jahrhundertes Berger, Electa proc. provoc. §. 50. Biener, Syst. proc. iudic. §. 313 ed. 3. Danz, summ. Proc. §. 33. Gönner, Hdbch. Bd. IV, N. 73. §. 8. S. 73 f. Wenigstens für den Fall, daß der Verlust von Beweismitteln droht, wodurch Einreden erwiesen werden können, lassen die Provocation selbst solche Rechtslehrer zu, welche sich im allgemeinen gegen deren Ausdehnung erklären, z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 504. Schweitzer a. a. O. S. 79. Linde a. a. O. §. 338. Gensler, Comm. §. 244.

146) Dies thut Schmid, Hdbch. §. 186.

147) Breidenbach a. a. O. S. 327 flg. Bayer a. a. O. §. 60, N. 8. Schmid a. a. O.

148) Ad. Martin a. a. O. S. 320 flg. Bayer a. a. O. §. 60, N. 11. Schmid a. a. O.

dingung abhängen[149]). Denn die Provocation bezweckt Abwendung des Verlustes gewisser Vertheidigungsmittel gegen die Klage; vor der Zeit aber, zu welcher die Klagerhebung erst zulässig ist, kann von der Anwendung eines Vertheidigungsmittels und von einer Entscheidung über dessen rechtliche Begründung nicht die Rede sein; die bis dahin nicht einmal denkbare Möglichkeit einer Gefahr des Verlustes des Vertheidigungsmittels schließt die Provocation aus[150]). Auch dann ist die Provocation vor Eintritt des Zeitpunktes oder der Bedingung nicht zulässig, wenn Zeitbestimmung oder Bedingung nur zum Vortheile des Provocanten hinzugefügt ist, dieser aber in der Provocation darauf verzichten wollte[151]). Die Grundsätze über die Anticipation der Zahlung sind hier nämlich durchaus unanwendbar, weil die Zahlung von Seiten des Schuldners nicht erfolgt, vielmehr verweigert wird und weil die Verzichtleistung nicht zum Vortheile, wohl aber zum Nachtheile des Gläubigers geschieht, welcher Nachtheil nicht allein darin besteht, daß der Provocat eher in einen Rechtsstreit verwickelt wird, bevor er dazu verbunden wäre, sondern sich auch in dem Verluste des ganzen Anspruches äußern kann[152]). Zu den nothwendigen Voraussetzungen der Provocation gehört aber nicht, daß der Provocant den Grund der Klage des Provocaten zugestehen müsse[153]). Denn abgesehen davon, daß die Provocation auch zur Erhaltung des Rechtes des bloßen Ableugnens des Klaggrundes, wo dieses Recht nach Ablauf einer gewissen Zeit erlöschen würde, zulässig ist, z. B. bei der exceptio non numeratae pecuniae, kann man nach der Regel excipiens non fatetur in der Provocation ein Zugeständniß des Klaggrundes nicht finden, weil die Provocation nur Schutz der Vertheidigungsmittel des Provocanten gegen die vom Provocaten zu erhebende Klage, falls dieselbe überhaupt begründet werden könnte, bezweckt[154]). Bestritten ist, ob die Provocation,

149) Stryk, introduct. ad. prax. for. cap. V. §. 9. Lauterbach, Diss. de remedio L. Si contendat. Cap. III. §. 19. 20. Glück a. a. O. S. 504. Schweitzer a. a. O. S. 75 flg. Schmid a. a. O. Anderer Meinung ist Claproth, summ. Proc. S. 324 flg.

150) Schmid a. a. O.

151) Schweitzer a. a. O. S. 76 flg. Schmid a. a. O. Das Gegentheil nehmen an und lassen die Provocation solchenfalls zu: Berger, Electa proc. provocat. §. 51. Claproth a. a. O. §. 284. Danz, summ. Proc. §. 34. Glück a. a. O. S. 505.

152) Z. B. wenn der Bürge, um sich die Einrede der Excussion zu erhalten, vor der eigentlichen Zahlungszeit provocirt, der Hauptschuldner aber nachher und bis zum Zahlungstermine zahlungsunfähig wird. Schweitzer a. a. O. S. 77 flg. Schmid a. a. O.

153) Dies nahmen an Griebner, princ. proc. lib. II. cap. 8. §. 2. Schaumburg, princ. prax. iurid. lib. II. cap. 6. §. 2. Schweitzer a. a. O. S. 67. Sie berufen sich darauf, daß ja der Provocant über die Einreden erkannt haben wolle, über Einreden aber dann erst entschieden werden könne, wenn Grund der Klage erwiesen oder zugestanden sei.

154) Glück a. a. O. S. 503. Bayer a. a. O. §. 61, N. 2. Mittermaier, summ. Proc. S. 285. Schmid a. a. O.

das Dasein der genannten Erfordernisse vorausgesetzt, auch dann gebraucht werden könne, wenn andere Rechtsmittel vorhanden sind, durch welche sich derselbe Zweck erreichen läßt, oder ob sie blos ein subsidiäres Rechtsmittel sei[155]). Für die nicht subsidiäre Natur streiten dieselben Gründe, welche bei der provocatio ex L. Diffamari vorhanden sind; überhaupt genügt eine Verweisung auf das darüber bei dieser Art der Provocation Bemerkte.

III. Provocant. Wer zur Provocation berechtigt sei, ergiebt sich aus dem vorher über die Erfordernisse der Provocation Bemerkten. Auch den Erben steht unter den oben erwähnten Voraussetzungen, wenn nur die vom Provocaten anzustellende Klage auch gegen sie gerichtet werden kann, das Recht zur Provocation zu[156]).

IV. Provocat. Auch über die Rolle des Provocaten ergiebt sich das Nähere aus dem Vorhergehenden. Auch die Erben dessen, dem die Hauptklage zusteht, können provocirt werden, vorausgesetzt, daß das Klagrecht auch auf die Erben übergeht[157]).

V. Gericht, bei welchem die Provocation anzubringen ist. Auch diese Provocation ist in dem Gerichtsstande des Provocanten zu erheben. Eine gesetzliche Bestimmung dafür giebt es im gemeinen Rechte nicht; nur in der Praxis ist dies begründet, indem man die über den Gerichtsstand bei der Provocation wegen Diffamation angenommenen Grundsätze, auch hier analogisch zur Anwendung brachte[158]). Daß wegen Connexität der Provocation mit der nachfolgenden Hauptsache erstere in dem Gerichtsstande letzterer verhandelt werden müsse, läßt sich ebensowenig wie bei der Provocation wegen Diffamation behaupten, weil der Umstand, ob der Kläger in Folge ergangener Aufforderung oder freiwillig Klage erhoben hat, für die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache einflußlos ist[159]). Auch bei dieser Provocation steht dem Provocaten die Wahl unter den mehreren für seine Klage zuständigen Gerichtsständen frei; er ist mit Anstellung der Klage nicht an den Richter gebunden, von welchem die Provocation erhoben worden ist; nur ist diesem Richter davon Nach=

---

155) Für subsidiär halten die Provocation Mevius, Dec. P. I. dec. 144. not. 3. Danz, summ. Proc. §. 34. Gönner, Hdbch. Bd. IV, N. 73, §. 10. Bülow und Hagemann, pract. Erört. Bd. IV, S. 37. Dagegen erklären sich Wernher, Obs. for. P. V. obs. 72. Martin, Civilproc. §. 255, N. 1. Schweitzer a. a. O. S. 79, 80. Breidenbach, im Archiv für civil. Pr. Bd. IV, S. 65 flg.

156) Schweitzer a. a. O. S. 82. Schmid, Hdbch. §. 187.

157) Schweitzer u. Schmid a. a. O.

158) Schaumburg, princ. prax. iurid. lib. II. cap. 6. §. 3. Ludovici, Civilproc. Cap. 6, §. 7. Danz, summ. Proc. §. 35. Schweitzer a. a. O. S. 94, 95. Martin, Civilproc. §. 255. Bayer a. a. O. §. 61, N. 1. Schmid a. a. O. §. 187.

159) Schmid a. a. O. N. 4. Von denjenigen Rechtslehrern, welche eine provocatio ad agendum contra tertium anerkennen, wird deren Anstellung auch im Gerichtsstande des Provocaten zugelassen. Glück a. a. O. S. 509.

richt zu geben, wenn die Hauptsache vor einem anderen Gerichte anhängig gemacht worden ist. Prävention wird durch diese Provocation nicht begründet[160]).

VI. Verfahren. In dem Provocationsantrage, mit dessen Anbringen das Verfahren beginnt, ist die etwa dem Provocaten zustehende Klage zu erwähnen und zugleich anzuführen, daß derselben, wenn sie jetzt schon angestellt würde, eine peremtorische Einrede oder ein Vertheidigungsmittel, welches die Klage als unbegründet erscheinen läßt, entgegengesetzt werden könnte, daß dieser Einrede oder Vertheidigungsmittel aber bei längerer Verzögerung der Klage die Gefahr des Verlustes drohe. Einer sofortigen Bescheinigung der für letzteres angeführten Thatsachen bedarf es nicht, da solche hier nicht, wie bei der Provocation wegen Diffamation, gesetzlich vorgeschrieben ist. Das Hauptgesuch wird dahin gerichtet, daß dem Provocaten zur Anstellung seiner Klage eine Frist unter Androhung des Rechtsnachtheils bestimmt werde, daß diejenigen Einwendungen, welche etwa durch längeren Zeitablauf oder durch spätere Veränderung der Umstände dem Provocaten und Kläger gegen jene Vertheidigungsmittel des Provocanten und Beklagten erwachsen und zustehen könnten, bei einer verspäteten Anbringung der Klage nicht mehr berücksichtigt werden sollen. Haben jene Einwendungen des Provocaten und Klägers ihren Ursprung nicht in der Verzögerung der Klagerhebung, sondern waren entweder schon zur Zeit der Provocation begründet[161]), oder beruhten sie, wenn auch später entstanden, doch wenigstens auf anderen Gründen, als auf Verzögerung der Klage[162]), so gehen sie durch Nichterhebung der Klage binnen der in Gemäßheit der Provocation bestimmten Frist nicht verloren, weil ersteren Falls das schon zur Zeit der Provocation entkräftete Vertheidigungsmittel durch dieselbe nicht wieder aufleben kann, letzteren Falls aber das Vertheidigungsmittel seine Wirkung auf andere Weise verliert, als durch den bloßen Aufschub der Klage, die Provocation aber nur Abwendung des durch den letztgedachten Umstand drohenden Verlustes des Vertheidigungsmittels bezweckt[163]). Deshalb ist das der Auflage an den Provocaten, binnen bestimmter Frist die Klage zu erheben, nach der Meinung Einiger[164]) beizufügende Präjudiz, „daß im Falle des

---

160) Schmid a. a. O. §. 187.

161) Z. B. wenn die exceptio excussionis oder divisionis, zu deren Erhaltung der Bürge provocirte, wegen der schon zur Zeit der Provocation vorhandenen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, bezüglich der Mitbürgen unbegründet war. Bayer a. a. O. §. 61, N. 4.

162) Z. B. auf geschehener Anerkennung des Klaggrundes in den Fällen der exceptio non numeratae pecuniae, auf Verzicht auf andere Einreden von Seiten des Beklagten, auf Verlust derselben zur Strafe. Schmid, Hdbch. §. 188, N. 5.

163) Mittermaier, summ. Proc. S. 282 flg. Bayer a. a. O. §. 61, N. 4. Schmid a. a. O.

164) Danz, summ. Proceß §. 36. Hüptitz, summ. Proceß §. 17.

Ungehorsams die von dem Provocaten vorgebrachte Einrede für immer wirksam erklärt werden solle", nicht zu rechtfertigen; denn diese Androhung ist jedenfalls zu unbestimmt und zu allgemein, weil ungeachtet des Ungehorsams die Verwerfung der Einrede, wegen welcher provocirt wurde, im späteren Hauptprocesse möglich ist, wenn solche schon zur Zeit der Provocation unwirksam war oder es später geworden ist[165]). Auch das Präjudiz, daß „im Falle des Ungehorsams die Einrede als erwiesen angesehen werden solle", kann nicht gebilligt werden[166]). Einzelne Landesgesetze, welche die Provocation in größerer Ausdehnung zulassen, haben nach Verschiedenheit der Fälle das eine oder das andere dieser Präjudize vorgeschrieben[167]). Den Provocationsantrag theilt der Richter, nachdem er ihn vorher nach den allgemeinen Regeln über die Imploration überhaupt und nach den besonderen für diese Art der Provocation geltenden Grundsätzen geprüft und für zulässig befunden hat, dem Provocaten zu seiner binnen bestimmter Frist darüber zu bewirkenden Erklärung mit und setzt den Provocanten davon in Kenntniß[168]). Die Aufnahme des oben erwähnten Präjudizes schon in das erste Communicativdecret, ist deshalb nicht zu billigen, weil es möglich ist, daß der Provocat die Statthaftigkeit der Provocation bestreitet,

---

Schweitzer a. a. O. S. 82, der daselbst N. 92 auch noch andere Rechtslehrer dafür anführt.

165) Bayer a. a. O. §. 61, N. 5. Mittermaier a. a. O. S. 281. Schmid a. a. O.

166) Bayer a. a. O. Mittermaier a. a. O. S. 280 flg. Schmid a. a. O. Läßt man die Provocation auch wegen anderer Nachtheile, als wegen des Verlustes von Vertheidigungsmitteln zu, oder gestattet man dieselbe wenigstens wegen des drohenden Verlustes der Beweismittel überhaupt, oder solcher, wodurch die zuständigen Einreden erwiesen werden sollen, so sind freilich der Auflage an den Provocaten, seine Klage binnen bestimmter Frist zu erheben, andere Präjudize beizufügen, ersteren Falles solche, welche sich zum Zweck der Abwendung des jedesmaligen Nachtheiles eignen, letzteren Falles das Präjudiz, daß der Provocant jetzt schon zum Beweise zugelassen werden solle. Danz a. a. O. §. 36. Bayer a. a. O. §. 61, N. 5. Schmid a. a. O. §. 188, N. 19. Wenn aber letzteren Falles diese Rechtslehrer auch das Präjudiz vorschlagen, daß der Provocat im nachfolgenden Processe das Recht, Einwendungen gegen den Beweis zu machen, verlieren solle, so kann man diesem nicht beipflichten. Denn da der Zweck der Provocation solchenfalls nur ist, daß dem Provocanten Beweismittel erhalten werden, deren Verlust ihm bei längerer Zögerung des Provocaten mit der Klage droht, so kann das Präjudiz im Ungehorsamsfalle nicht weiter gehen, als bei der probatio in perpetuam rei memoriam, nämlich, daß der Provocant vorläufig jetzt schon mit den Beweismitteln, deren Verlust er durch längeren Aufschub der Klage fürchtet, zugelassen werden solle, d. h. die angegebenen Zeugen vereidet und abgehört, die vorgelegten Urkunden bei nicht erfolgter Erklärung des Producten über deren Recognition für anerkannt geachtet, dem Provocaten aber die Einwendungen gegen die Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit der Zeugen, gegen die Beweiskraft und Erheblichkeit der Urkunden für den nachfolgenden Hauptproceß vorbehalten werden sollen.

167) Goth. Gesetz über den unbest. summ. Proceß vom 12. October 1837 §. 69.

168) Bayer a. a. O. §. 61. Schmid a. a. O. §. 188.

solchenfalls die Androhung jenes Präjudizes unwirksam wäre und dessen Verwirklichung bis dahin verschoben werden müsse, bis über die Zulässigkeit der Provocation entschieden ist[169]. Eine Ausnahme findet statt, wenn die Voraussetzungen des bedingten Mandatsprocesses vorliegen; solchenfalls kann jenes Präjudiz in dem auf den Provocationsantrag erlassenen bedingten Mandate mit angedroht werden und ist dann nur für den Fall für angedroht zu betrachten, dafern der Provocat binnen der ihm bestimmten Frist die Klage nicht anstellen und auch über den Provocationsantrag selbst keine Erklärung abgeben sollte. Das weitere Verfahren richtet sich nach dem Verhalten des Provocaten, wobei folgende Fälle möglich sind: 1) Erhebt der Provocat wirklich die Klage, zu deren Anstellung er provocirt worden ist, so ist dadurch der Provocationsproceß beendigt und es beginnt nun ein neues selbstständiges Verfahren über die Hauptsache, auf welches der Provocationsproceß keinen Einfluß äußert[170]. Bei bloßem Erbieten des Provocaten zur Klagerhebung muß ihm eine bestimmte Frist dazu unter Androhung des erwähnten Rechtsnachtheiles gesetzt werden[171]. 2) Bestreitet der Provocat die Statthaftigkeit des erhobenen Provocationsantrages, entweder durch die Erklärung, daß ihm kein Klagrecht, wenigstens jetzt noch nicht, gegen den Provocanten zustehe, oder durch die Behauptung, daß das Vertheidigungsmittel, wegen dessen die Provocation erhoben wurde, nicht begründet oder mindestens jetzt schon unwirksam, oder durch einen kürzeren Aufschub der Klagerhebung nicht mit der Gefahr des Verlustes bedroht sei[172], so ist zunächst über diese gegen die Zulässigkeit des Provocationsantrages vorgebrachten Einwendungen da nöthig, nach vorhergegangener Verhandlung und Beweisführung zu entscheiden und hiernach entweder die Provocation zurückzuweisen, oder dem Provocaten, dem Provocationsantrage gemäß, unter Androhung des mehrerwähnten

169) Mittermaier, summ. Proc. S. 278, 279. Schmid a. a. O.

170) Daher wird auch der mit der Hauptklage auftretende Provocat nicht von der Pflicht zur Bestellung der Caution der Unkosten und der Wiederklage halber durch die Provocation frei. Martin, Civilproceß §. 256, N. i. Linde, Civilproceß §. 336. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. I, S. 314 flg. Anderer Meinung ist Claproth, summ. Proc. S. 317. Glück, Erl. der Pand. Bd. III, S. 439. Ebensowenig bewirkt die Provocation Unterbrechung der Verjährung der Klage; daher kann der Provocant der Hauptklage die Einrede der Verjährung selbst dann entgegensetzen, wenn auch die Vollendung der Verjährung erst nach erhobener Provocation eintrat. Linde a. a. O. §. 336.

171) Schmid a. a. O. §. 188, N. 13.

172) Auch von anderen sonst zuständigen Vertheidigungsmitteln kann der Provocat hier Gebrauch machen, wie von der sog. Einrede der fehlenden Sachlegitimation, der Einrede des unzuständigen Gerichtes u. s. w., worüber die allgemeinen Regeln gelten. Schweitzer a. a. O. S. 157 flg. Nur die Einrede der der Kosten und der Wiederklage halber zu bestellenden Caution wird dem Provocaten im Provocationsprocesse versagt, weil der Provocant Beklagter in der Hauptsache ist. Berger, Electa proc. provocat. §. 25. Danz, summ. Proc. §. 30. Biener, Syst. proc. iudic. §. 48. not. 5. ed. 3. Schweitzer a. a. O. S. 127 und die daselbst in N. 27 angeführten Schriftsteller.

Präjudizes, die Erhebung seiner Klage binnen bestimmter Frist aufzuerlegen. Bei der Verhandlung und Entscheidung über die Wirksamkeit des Vertheidigungsmittels, zu dessen Erhaltung provocirt wurde, ist aber das Vertheidigungsmittel nur insoweit zu berücksichtigen, anzuerkennen oder zu verwerfen, als die dasselbe begründenden Thatsachen zur Begründung der Provocation dienen; daher ist auch die Verhandlung und Entscheidung darüber im Provocationsprocesse ohne irgend einen Einfluß auf die Hauptsache und ohne Präjudiz für deren Entscheidung [173]). 3) Wenn der Provocat binnen der zur Erklärung gesetzten Frist weder die Klage erhebt, noch gegen die Statthaftigkeit der Provocation Einwendungen vorbringt, so ist ihm, wenn zuvor der Provocant die als geleugnet zu betrachtenden zur Begründung der Provocation nothwendigen Voraussetzungen dargethan hat [174]), auf Antrag des Provocanten eine Frist zur Erhebung seiner Klage unter der oben erwähnten Präjudiz zu bestimmen, und wenn der Provocat binnen dieser Frist die Klage nicht erhebt, so wird, nach vorgängiger Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Provocanten, auf das angedrohte Präjudiz durch Contumacialbescheid erkannt [175]). Eine Entscheidung in der Hauptsache selbst ist im Provocationsprocesse nicht zulässig [176]). Nur in dem Falle, wenn die Parteien darauf compromittiren, daß der Provocationsproceß in den Hauptproceß übergehen und sofort in der Hauptsache mit erkannt werden solle, wird eine Abweichung zugelassen [177]), was jedoch insofern bedenklich ist, als es sich im Provocationsprocesse immer nur um den Schutz eines bestimmten Vertheidigungsmittels handelt, und das Compromiß der Parteien auch den Sinn haben kann, daß nur über den Einfluß dieses auf die Hauptsache entschieden werde, während dem Provocanten recht wohl noch andere Einreden, als wegen welcher er provocirte, gegen die Hauptklage zustehen können, auf welche er durch das Compromiß nicht hat verzichten wollen, um so weniger, je weniger im Provocationsprocesse eine rechtliche Noth-

173) Bayer a. a. O. §. 61, N. 6. Es kann selbst zu einem Beweise der zu rettenden Einrede im Provocationsprocesse kommen, ohne daß dessen Natur dadurch geändert würde, weil zum Grunde der Provocation das Dasein einer Einrede gehört. Jedenfalls hat sich aber das Urtheil im Provocationsprocesse auch bei vollständig geführtem Beweise der Einrede auf den Ausspruch zu beschränken, daß die Provocation statthaft und Provocat schuldig sei, bei Vermeidung des schon erwähnten Rechtsnachtheiles die Hauptklage binnen bestimmter Frist zu erheben. Bayer a. a. O. Dagegen will Mittermaier, summ. Proc. S. 279 dann, wenn der Provocat die Einrede leugnet, denselben sofort zur Erhebung der Klage verwiesen wissen.

174) Mittermaier a. a. O. S. 283.

175) Bayer a. a. O. §. 61, N. 7. Schmid a. a. O. §. 188.

176) Unrichtig ist die Ansicht von Glück, Erl. der Pand. Bd. VI. S. 311, daß der Richter im Falle des Ungehorsams des Provocaten bei vollständig geführtem Beweise der Einrede die Klage des Provocaten schlechterdings abzuweisen befugt sei. Schmid a. a. O. §. 188, N. 18.

177) Osterloh, summ. Proc. §. 109.

wendigkeit, solche daselbst vorzubringen, für ihn begründet war. Mit Recht verbieten einzelne Landesgesetze jede Einmischung der Hauptsache in den Provocationsproceß [178]). Gegen das im Provocationsprocesse ertheilte Erkenntniß sind die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig [179]). Die Kosten des Provocationsverfahrens fallen regelmäßig dem Provocanten zur Last, weil für den Provocaten vor Erhebung der Provocation eine Verpflichtung zur Anstellung der Klage nicht bestand, die Kosten des Provocationsprocesses mithin durch ihn nicht verursacht worden sind [180]). Ausnahmen finden statt: 1) wenn die Zulässigkeit der Provocation vom Provocaten bestritten worden ist, welchenfalls die allgemeinen Grundsätze über Tragung der Kosten entscheiden; nur wenn die Statthaftigkeit der Provocation deshalb vom Provocaten in Zweifel gezogen wird, weil er überhaupt kein Klagrecht gegen den Provocanten behauptet, hat der Provocant die Kosten zu tragen und zu erstatten; 2) im Falle seines Ungehorsams hat der Provocat die dem Gegner durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten zu erstatten [181]).

Heimbach sen.

Proceß. A. Begriff. Proceß bedeutet: 1) einen gerichtlichen Rechtshandel, einen Proceß; 2) eine gewisse Art des Verfahrens in einem solchen Rechtshandel, den Proceß, wodurch sowohl die Art und Weise des Verfahrens an sich, als auch ein wissenschaftlich geordneter Inbegriff von Regeln über die Art und Weise des Verfahrens bezeichnet wird [1]). In der unter 1) erwähnten Bedeutung ist dafür bei den Römern zur Zeit des Formularprocesses bei dem Dasein eines eigentlichen Rechtsstreites nach dessen Gelangung an den iudex der

---

178) Goth. Gesetz über den unbest. summ. Proc. vom 12. October 1837 §. 69.

179) Schweitzer a. a. O. S. 161 flg. Schmid a. a. O. §. 188, N. 18.

180) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 73, §. 17, S. 83. Schmid a. a. O. §. 188.

181) Gönner a. a. O. Heffter, Civilproceß §. 423. Schmid a. a. O.

1) In diesem Begriffe stimmen alle Proceßlehrer überein. In keiner der hier erwähnten Bedeutungen kommt processus bei den Römern vor. Procedere hat außer anderen Bedeutungen in den Quellen des römischen Rechtes auch die, daß es einen feierlichen Aufzug halten bedeutet. L. 4. C. (XII. 3.) procedendi et gerendi consulatus facultas. L. 2. C. eod. Consules procedentes. Daher bedeutet processio oder processus so viel wie pompa, ein feierlicher Aufzug. L. 4. C. (XII. 3.) peracta processione. L. 41. D. (24. 1.) constituit, ut ad processus vivi uxor ei donare possit. Der fälschlich so genannte Tipucitus in den Paratitlen der Basiliken giebt dies durch den Ausdruck προκοπή wieder. Cf. Basil. Heimb. Lib. XXX. tit. I. cap. 39. T. III. p. 508. Es soll aber wohl πομπή heißen. Die andere Stelle L. 4. C. (XII. 3.) findet sich nicht in den Basiliken, obwohl L. 3. C. eod. daselbst libr. VI. tit. 2. c. 2. steht. In L. 2. §. 13. D. (1. 2.) kommt processus iuris vor, was aber einfach das Fortschreiten, die allmälige Entwickelung des Rechtes bezeichnet.

Ausdruck iudicium gebräuchlich, welcher auch das Verfahren vor dem iudex bezeichnet, welches erst nach der Litiscontestation eintritt, nachdem durch dieselbe das Streitverhältniß, lis, begründet war, während vor der Litiscontestation blos von einer controversia mota die Rede ist [2]). Für das frühere Verfahren und das spätere Executionsverfahren, wenn letzteres nicht durch die iudicati actio wieder in ein iudicium überging, wird der Ausdruck cognitio im strengeren Sinne gebraucht, und dieses Verfahren fand vor dem Magistrate statt. Der Ausdruck processus in der heutigen Bedeutung kommt zuerst im kanonischen Rechte vor [3]), wo auch procedere schon „gerichtlich verfahren" bedeutet [4]). Derselbe Sinn wird dem Worte in den Reichsgesetzen beigelegt [5]), welche jedoch noch einen anderen Sinn, nämlich den der Vorladung zu dem Verfahren damit verbinden [6]), was sich daraus erklärt, daß durch die Vorladung das ganze Verfahren erst in das Dasein gerufen wird. Der Proceß in der Bedeutung unter 2a) heißt in Civilsachen bei den Römern zur Zeit der classischen Jurisprudenz ordo iudiciorum privatorum, wodurch jedoch nur der Formularproceß, diejenige Art des Verfahrens bezeichnet wurde, bei welcher regelmäßig zuerst ein Verfahren vor dem mit Ausübung der Rechtspflege betrauten Magistrate (in iure), und dann, wenn der Streit vor diesem nicht durch in iure confessio oder auf andere dieser gleichgeltende Weise zum Ende kam, ein Verfahren vor dem mit einer Instruction vom Magistrate bestellten iudex (in iudicio) stattfand, während in allen übrigen Fällen, wo diese Trennung in ius und iudicium nicht Platz griff, von einem Verfahren extra ordinem die Rede ist, daher im neueren römischen Rechte, wo diese Trennung aufgehört hat, alle iudicia extraordinaria sind [7]). In Criminalsachen hieß das Verfahren zur Zeit der classischen Jurisprudenz ordo iudiciorum publicorum [8]), es wurde aber dadurch nur dasjenige Verfahren bezeichnet, welches bei den durch Volksschlüsse (leges) mit Strafe bedrohten Verbrechen, worüber früher bei den sog. quaestiones perpetuae verhandelt und entschieden

---

2) L. 25. §. 7. D. (5. 3.) Glück, Erl. d. Pand. Bd. VI. S. 147. Auch bezeichnet iudicium häufig das, was wir Klage nennen; z. B. iudicium finium regundorum, familiae erciscendae, communi dividundo.

3) Cap. 22. X. de rescript. (1. 3.)

4) Tit. X. ut lite non contest. non proced. (2. 6.) Clem. 2. de V. S. V. 11.

5) Namentlich wenn sie von Abkürzung der Processe, Unsterblichkeit der Processe u. s. w. sprechen. J. Reichsabsch. §. 34. Kammergerichtsordn. v. 1500 Tit. XVII, v. 1523 Tit. III, §. 8.

6) So bezeichnet „Proceß erlangen", „Proceß ausgehen lassen": die Vorladung gestattet erhalten, Vorladung zum gerichtlichen Verfahren erlassen; „Ausziehung der Processe oder Ladung", „Processe erkennen", „Processe ausbringen" heißt: die Vorladung nachsuchen und erkennen. Kammergerichtsordn. v. 1523 Tit. XXXI, §. 11. J. Reichsabsch. §. 34, 35, 68, 70. Brackenhöft, Erört. zu Linde S. 29 flg.

7) §. 8. Inst. (4. 15.)

8) L. 8. D. (48. 1.) Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses S. 405.

würde, stattfand; denn nur diese Fälle wurden unter dem Namen der publica iudicia begriffen [9]); in allen übrigen Fällen, wo das Verbrechen erst neuerdings durch kaiserliche Constitutionen oder durch bloßes Gewohnheitsrecht mit Strafe bedroht worden war, und die Strafbarkeit sich nicht blos auf Erweiterung eines Volksschlusses durch spätere Senatusconsulte oder Interpretation der Juristen gründete, war von iudicia extraordinaria und von einem Verfahren extra ordinem die Rede [10]). In der späteren Kaiserzeit wird unter ordo iudiciorum und cognitionum insbesondre die Reihefolge verstanden, in welcher über mehrere streitige Rechtsverhältnisse, von denen das eine auf das andere von Einfluß ist, zu verhandeln und zu entscheiden ist [11]). Auch das kanonische Recht bezeichnet die Art und Weise des Verfahrens mit ähnlichen Ausdrücken [12]). Die Reichsgesetze bedienen sich entsprechender teutscher Ausdrücke [13]). Der Ausdruck Gerichtsstyl (stylus curiae), welcher ebenfalls die Art des Verfahrens bezeichnet, bedeutet jedoch nur die bei einem einzelnen Gerichte hergebrachte Verfahrungsart, den formellen Gerichtsgebrauch [14]); im engeren Sinne wird die gesetzliche oder herkömmliche Form der einzelnen gerichtlichen Geschäfte darunter verstanden. In der Bedeutung unter 2b) bezeichnet Proceß dasselbe, wie Theorie des Processes, Wissenschaft des Processes.

B. Gegenstand. Gegenstand des Processes sind Justizsachen im Gegensatze der Verwaltungs- und Polizeisachen. Justizsachen sind alle diejenigen, bei denen es sich um Wiederherstellung oder Anerkennung bestrittener oder verletzter Rechte der Privatpersonen oder um Abwendung künftiger Störungen des Rechtszustandes, kurz um die Rechtmäßigkeit handelt. Bei den Verwaltungssachen ist weniger die Rechtmäßigkeit als die Zweckmäßigkeit einer bereits getroffenen oder noch zu treffenden Anordnung und Maßregel in Frage. Die Justizsachen gehören zur Competenz der Justizgewalt, welche von den Gerichten ausgeübt wird, die Verwaltungssachen werden von der Regierungsgewalt im engeren Sinne geordnet. Die ersteren gehören in das Privatrecht, die letzteren in das öffentliche Recht [15]). Zu den Zeiten

9) L. 1. D. (48. 1.)

10) Geib a. a. O. S. 405 flg.

11) Tit. Cod. de ordine iudiciorum (3. 8.) Tit. Cod. de ordine cognitionum (7. 19.)

12) Z. B. ordo iuris in cap. 22. X. (1. 3.), solennis ordo iudiciarius in Clem. 2. de V. S. V. 11.

13) Die Kammergerichtsordn. v. 1527 Eingang spricht von einer „Ordnung des Proceß", doch wird darunter ebenso wie in der Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXXVI mehr das Gesetz, welches das Verfahren regelt, bezeichnet. In der Kammergerichtsordn. v. 1555 Eingang §. 2 wird das Verfahren bei dem Kammergericht schon „Proceß des Kammergerichtes" genannt.

14) Kammergerichtsordn. von 1555 Eingang. Reichsabsch. von 1570 §. 75, 76.

15) Die Schriften über das Verhältniß der Justizsachen zu den Verwaltungssachen sind sehr zahlreich. Sie sind aufgeführt in Linde, Civilproceß

des teutschen Reiches trat der Gegensatz beider nicht so scharf hervor, weil die Reichsgerichte vermöge der ihnen übertragenen Ausübung der Reichsjustizgewalt auch Regierungshandlungen der teutschen Reichsstände, wenn wohlerworbene Rechte von Privaten dadurch verletzt wurden, auf Klage des Verletzten vor ihr Forum zu ziehen und dergleichen Regierungshandlungen, welche als wohlerworbene Rechte verletzend erschienen, zu cassiren befugt waren. Seit Auflösung des Reichsverbandes hat die Reichsjustizgewalt aufgehört; viele Reichsstände sind souverän geworden und bei der Coordination der Gerichte und der Verwaltungsbehörden tritt jener Unterschied der Sachen mehr hervor. Als oberster Grundsatz ist festzuhalten, daß wohlerworbene Rechte der Privatpersonen nicht verletzt werden dürfen, sollte auch ihre Anerkennung unzweckmäßig erscheinen. Daher kann die Regierungsgewalt über wohlerworbene Rechte von Privatpersonen nicht entscheiden und Anordnungen, welche sie getroffen hat, ohne dabei die Rechtmäßigkeit derselben in Betracht zu ziehen, dürfen wohlerworbene Rechte der Privaten nicht verletzen. Die Grenzen zwischen Justiz- und Verwaltungssachen sind im einzelnen Falle oft nicht leicht zu bestimmen; daher die häufigen Competenzconflicte zwischen den Gerichten und den Regierungsbehörden, welche erst in der neueren Zeit recht häufig geworden sind, seitdem die Regierung und Verwaltung von der Justizpflege getrennt worden ist. Ueber dergleichen Competenzconflicte können eigentlich nur die Gerichte entscheiden, denn nur sie haben zu beurtheilen, inwiefern im einzelnen Falle durch eine Verwaltungsmaßregel wohlerworbene Rechte der Privaten verletzt worden sind. Dadurch wird ihnen keine Stellung über den ihnen gleichstehenden Regierungsbehörden verliehen; denn sie haben nur über die Rechtmäßigkeit einer getroffenen Verwaltungsmaßregel zu entscheiden, nie die Zweckmäßigkeit einer solchen zu beurtheilen. Der Ausspruch der Gerichte selbst, wenn sie durch eine Verwaltungsmaßregel wohlerworbene Rechte der Privaten verletzt finden, kann nie dahin gehen, daß die fragliche Maßregel zurückgenommen, sondern nur dahin, daß die dadurch in ihrem wohlerworbenen Rechte verletzte Privatperson entschädigt werde. Ungeachtet hiernach der Wirkungskreis der Justizbehörden von dem der Verwaltungsbehörden streng gesondert ist, und jede dieser Behörden innerhalb dieses ihres Wirkungskreises unabhängig von der anderen handelt, so hat doch die Besorgniß der Verwaltungsbehörden, daß durch die erwähnte Competenz der Justizbehörden ihre unabhängige Stellung beeinträchtigt werde, zu Einrichtungen in einzelnen Staaten geführt, wodurch man die angeblich bedrohte Selbstständigkeit der Verwaltungsbehörden den Gerichten gegenüber zu retten

---

§. 46, N. *. Osterloh, ordentl. Proceß Bd. I, §. 2, N. 3. Schmid, Hdbch. des Civilproc. §. 20, N. *. Für das Bedürfniß der Practiker ist besonders geeignet Pfeiffer, pract. Ausführungen Bd. III, Nr. 10, Bd. V, Nr. 6. Vgl. auch den Artikel des Rechtslexikons Administrativjustiz.

suchte. Diese Einrichtungen bestanden entweder darin, daß man die Entscheidung über Competenzconflicte zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden der ersteren entzog und einer besonderen Behörde übertrug, oder darin, daß man in gewissen durch Verwaltungshandlungen verursachten Rechtsstreitigkeiten die Entscheidung der Gerichte ausschloß und die Verwaltungsbehörde zur Entscheidung darüber für zuständig erklärte, durch welche letztere Einrichtung die sog. Administrativjustiz entstanden ist[16]. Diese unnatürliche der Verwaltungsbehörde beigelegte richterliche Competenz wurde in einzelnen Staaten dadurch beifälliger zu machen gesucht, daß bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde häufig Richterpersonen zugezogen wurden und das Urtheil sonach von einer aus Verwaltungsbeamten und Richterpersonen zusammengesetzten Behörde ausging. Allein alle diese Einrichtungen sind verwerflich[17] und deren Abschaffung dort, wo sie bestehen, nothwendig. Eine Hemmung der Thätigkeit der Regierungsgewalt in Folge der angenommenen Competenz der Gerichte ist nicht zu besorgen. Denn einmal muß der Regierungsgewalt in Fällen, wo die Thätigkeit der Gerichte in Anspruch genommen wird, die sofortige Erledigung einer causa dubia aber sich nothwendig macht, weil Gefahr auf dem Verzuge ist, die provisorische Regelung der Sache bis zur Entscheidung der Rechtsfrage durch die Gerichte zustehen und es ist ihr auch in vielen Staaten diese Befugniß durch die Gesetzgebung ausdrücklich eingeräumt; und dann hat die Regierungsgewalt vermöge des unerläßlichen Grundsatzes, daß das Wohl der Einzelnen dem des Ganzen nachstehen müsse, ausnahmsweise die Befugniß zu verlangen, daß die Einzelnen selbst wohlerworbene Rechte um des Wohles des Ganzen willen abtreten, was jedoch nur in Fällen der Nothwendigkeit und in der Regel in Folge eines Gesetzes, welches einen Eingriff in Privatrechte in bestimmten Fällen im voraus als zulässig anerkennt, gegen vollständige Entschädigung der Berechtigten geschehen darf. Die Justizsachen, welche allein den Gegenstand des Processes bilden, sind entweder streitige oder nicht streitige. Bei der ersteren ist die Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes zwischen zwei bestimmten Rechtssubjecten, von denen das eine ein gegenwärtiges Recht[18] nach bestehenden Rechts-

---

16) S. den Artikel Administrativjustiz.

17) Vgl. den ang. Artikel am Ende. Brackenhöft, Erört. S. 111, N. 21.

18) Es kann indessen auch über den Grund eines als zukünftig gedachten Rechtes gestritten werden zum Behuf der Sicherung desselben, wenn auch nicht der vollständigen Verwirklichung. Dahin gehören die Fälle, wenn wegen künftiger Ansprüche sichernde Leistungen gefordert werden können. Brackenhöft a. a. O. S. 104 und N. 3. Eine Entscheidung künftiger Rechte wird durch Einwilligung der Parteien als möglich behauptet; es gehört aber dazu auch noch Zustimmung des Richters, der, wenn er darein willigt, doch aber mehr zum Schiedsrichter wird. Brackenhöft a. a. O.

normen[19]) beansprucht, das andere diesem Anspruche widerspricht und verweigert, dasjenige zu thun oder zu leiden, was das erstere Rechtssubject verlangt; bei den letzteren handelt es sich nur um Abwendung künftiger zu besorgender Störungen dieses Rechtszustandes[20]). Bei den streitigen Justizsachen tritt die richterliche Thätigkeit der Justizbehörden, bei den nichtstreitigen deren fürsorgende Thätigkeit hervor[21]). Die streitigen Justizsachen sind wieder entweder Civilsachen oder Criminalsachen. Civilsachen sind solche, bei denen es sich um verletzte Rechte der Privatpersonen als solcher, also um Mein und Dein, und um die Voraussetzungen dazu, nämlich die Rechte des persönlichen Zustandes handelt[22]). Damit ist die Justiz von der Entscheidung über Verhältnisse des öffentlichen Rechtes nicht ausgeschlossen, soweit sie nach Rechtsnormen zu beurtheilen sind; jedoch ist der Justiz die Entscheidung über öffentliche Verhältnisse nur insoweit zu gestatten, als sie als Vorfragen für privatrechtliche Verhältnisse in Betracht kommen[23]). Criminalsachen sind solche, bei denen sich die Justizbehörden mit Untersuchung und Bestrafung unerlaubter, die Rechte anderer Personen verletzender und durch die Gesetze mit öffentlicher Strafe bedrohter Handlungen beschäftigen. Die Criminalsachen gehören nicht minder in den Kreis der Justizsachen, weil bei ihnen die Verwirkung eines anerkannt bestehenden Privatrechtsverhältnisses, sei dieses die Persönlichkeit selbst oder eine darin enthaltene Befähigung, oder ein Vermögensrecht in Folge einer Uebertretung eines Strafgesetzes als eingetreten behauptet wird und realisirt werden soll[24]).

C. Unterschied zwischen Civilproceß und Criminalproceß. Man unterscheidet nach der bereits angedeuteten Eintheilung der streitigen Justizsachen in Civilsachen und Criminalsachen bürgerlichen Proceß (Civilproceß) und Criminalproceß (Strafproceß). Der verschiedenen Arten des Criminalprocesses (Anklageproceß und Untersuchungs- oder Inquisitionsproceß) ist bereits

19) Dagegen kann eingewendet werden, daß Entscheidungsnormen eigentlich nie fehlen können. Denn fehlt es an einer Rechtsnorm, nach welcher das behauptete Recht begründet sein kann, so ist dasselbe für unbegründet zu erklären und der Anspruch abzuweisen, nicht weil es an einer Entscheidungsnorm, sondern weil es an einer ein Recht begründenden Norm fehlt. Ist aber ein nach einer Rechtsnorm begründetes Recht nicht in aller Beziehung bestimmt, so bildet das richterliche Ermessen die Norm. Brackenhöft a. a. O. S. 105.

20) Die mehreren Betheiligten, welche bei nicht streitigen Justizsachen auftreten können, stehen in keinem feindlichen Verhältnisse zu einander.

21) Die Verbindung der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit in derselben Behörde ist zwar gemeinrechtlich herkömmlich, nothwendig aber nicht; sie wird auch als unzweckmäßig von Mittermaier, gem. teutsche Proc. Bd. II, S. 45 flg. bezeichnet.

22) Brackenhöft, Erört. S. 31.

23) Brackenhöft a. a. O. S. 111.

24) Brackenhöft a. a. O. S. 109.

an einem anderen Orte Erwähnung geschehen[25]). Jetzt ist nur des Unterschiedes des Civilprocesses und des Criminalprocesses zu gedenken. Abgesehen von dem Gegenstande und Zwecke, worin sich beide unterscheiden, ein Unterschied, welcher hinsichtlich der Gegenstände schon vorher angedeutet worden ist, bestehen folgende Unterschiede: aa) Der Civilproceß setzt nothwendig eine Beschwerde über Rechtsverletzung von Seiten eines Verletzten voraus; er ist in seinem Anfange sowohl als in seinem Fortgange durchgehends durch die Anträge und Vorträge der Parteien bedingt. Der Criminalproceß dagegen, d. h. der gemeinrechtliche Untersuchungsproceß, wird ohne Antrag von Seiten des durch die Uebertretung des Strafgesetzes unmittelbar Verletzten im Interesse des durch jene Uebertretung verletzten Staates eröffnet und zu Ende geführt; bb) der Beweis ist bei dem Civilprocesse ein anderer als bei dem Criminalprocesse. Im Civilprocesse kann blos formelle Wahrheit hergestellt werden, da der Richter nur die Beweismittel berücksichtigen darf, welche die Parteien darbieten. Der Criminalproceß soll materielle Gewißheit über den Thatbestand des Verbrechens, über den Urheber desselben und dessen Schuld herstellen. Daher hat im Inquisitionsprocesse der Richter von Amtswegen für Herstellung des Beweises zu sorgen, sämmtliche zu seiner Kenntniß, wenn auch nur zufällig, kommende Beweismittel zu benutzen. Wegen dieser Verschiedenheit des Beweises in beiden Arten des Processes kann der Beweis im Civilprocesse nicht für den Criminalproceß genügen und ebensowenig der im Criminalprocesse erbrachte Beweis für den Civilproceß maßgebend sein. Die Art der Benutzung der Beweismittel ist in beiden Processen eine ganz andere. Im Civilprocesse sind die Zeugen im Beisein der Parteien zu vereiden; ihre Vernehmung muß außer über die von dem Beweisführer angegebenen Beweispunkte auch über die vom Gegner eingereichten Fragstücke geschehen; wenigstens muß dem Gegner zu deren Einreichung Gelegenheit und Frist gegeben werden. Im Criminalprocesse bedarf es hinsichtlich der Zeugen der Einreichung von Beweismitteln und Fragstücken nicht; der Richter vernimmt die Zeugen über die Punkte, über welche er Auskunft von ihnen haben will, selbst. In Ansehung der Urkunden genügt im Civilprocesse eine zur Strafe Ungehorsams fingirte Anerkennung, im Criminalprocesse nicht. Im Civilprocesse ist der Eidesantrag ein zulässiges Beweismittel, im Criminalprocesse wird er gar nicht zugelassen. Bei nicht ganz vollständigem oder weniger als halb erbrachtem Beweise kann im Civilprocesse durch einen vom Richter aufzuerlegenden Eid vollständiger Beweis hergestellt, bezüglich der unvollständige entkräftet werden, während im Criminalprocesse durch einen richterlichen Eid nur ein nicht ganz vollständiger Beweis der Schuld entkräftet, nie aber voller Beweis der Schuld hergestellt werden kann. cc) Der Civilproceß

---

25) S. die Artikel des Rechtslexikons Anklageproceß und Inquisitionsproceß.

ist in seinem Gange durch bestimmte Vorschriften geregelt; er hat bestimmte Abschnitte, innerhalb deren die Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien vorzubringen und dann die vorgebrachten zu beweisen sind, dergestalt daß das innerhalb des dazu bestimmten Stadiums nicht Vorgebrachte in der Regel später nicht nachgebracht werden darf. Im Criminalprocesse lassen sich zwar auch Abschnitte unterscheiden; allein eine Beschränkung des Angeschuldigten auf bestimmte Fristen mit seinen Vertheidigungsgründen und deren Beweise ist dem gemeinrechtlichen Untersuchungsverfahren ganz fremd. dd) Eine Rechtskraft des Erkenntnisses in dem Sinne und mit der Wirkung, wie im Civilprocesse, ist im gemeinrechtlichen Untersuchungsprocesse nicht vorhanden, was sich namentlich darin zeigt, daß ungeachtet eines in allen Instanzen bestätigten condemnatorischen Criminalurtheiles dem Angeschuldigten bezüglich dessen Erben die Ausführung der Unschuld immer noch freisteht, und daß ein wenn auch vollständig lossprechendes Criminalurtheil die Wiederaufnahme der Untersuchung wegen neu hervortretender Beweise der Schuld nicht hindert. ee) Im Civilprocesse kann der Ungehorsam der Parteien zum Verlust ihnen zustehender Angriffs- und Vertheidigungsmittel und zur endlichen Verurtheilung führen, weil jede Partei auf die ihrer Disposition unterworfenen Rechte, mithin auch auf Proceßrechte verzichten kann und der Ungehorsam als stillschweigender Verzicht angesehen wird; im Inquisitionsprocesse hat Ungehorsam des Angeschuldigten den Verlust der ihm zustehenden Vertheidigungsgründe nicht zur Folge; vielmehr wird er mit denselben später immer noch gehört. Selbst ein ausdrücklicher Verzicht des Angeschuldigten auf Vertheidigungsmomente oder deren Beweis ist unwirksam, indem der Untersuchungsrichter von Amtswegen ebensowohl die Entschuldigungsgründe als die Anschuldigungsmomente zu erörtern hat und in dieser seiner Amtspflicht auch durch Verzicht des Angeschuldigten nicht gehemmt werden darf. Ueberhaupt ist der Civilproceß mehr formeller Natur. Nach den neueren Strafproceßordnungen, welche mehr oder weniger das französische Criminalverfahren berücksichtigt und statt des Untersuchungsprocesses den Anklageproceß eingeführt haben, hat auch der Criminalproceß einen mehr formellen Charakter und wird darin dem Civilprocesse ähnlicher. Diese Aehnlichkeit zeigt sich darin: 1) daß in diesem neueren Verfahren gewisse Abschnitte erkennbar sind, Voruntersuchung, Verweisungserkenntniß, Hauptverhandlung und Endurtheil, die an Abschnitte des Civilprocesses, erstes Verfahren, Beweisinterlocut, Beweisverfahren, Endurtheil, erinnern; 2) daß der Proceß, dem Civilprocesse gleich, zwischen zwei Parteien durchgeführt wird, zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten; 3) daß die Angabe der Vertheidigungs- und Beweismittel an bestimmte Stadien des Processes gebunden ist; 4) daß zum Gebrauche gewisser processualischer Befugnisse, z. B. der Rechtsmittel, gewisse ausschließliche Fristen sowohl für den Ankläger als für den Angeklagten bestimmt sind. Hauptsächlich

zeigt sich die Aehnlichkeit mit dem Civilprocesse in der Stellung des Anklägers, selbst des bei den von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen den Staat vertretenden Staatsanwaltes.

D. Vom Civilprocesse insbesondre. AA. Begriff. Der Civilproceß bezeichnet sowohl die Art und Weise des gerichtlichen Verfahrens bei der Verhandlung und Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten und bei der Vollziehung der Entscheidung, auch den wissenschaftlich geordneten Inbegriff der Grundsätze über das gerichtliche Verfahren in streitigen Civilsachen. In letzterer Bedeutung ist Civilproceß gleichbedeutend mit Wissenschaft des Civilprocesses, Civilproceßtheorie.

BB. Eintheilungen. Man unterscheidet 1) in Ansehung des Umfanges seiner Giltigkeit den gemeinen und besonderen teutschen Civilproceß. Der erstere, auch Reichsproceß genannt, ist der in Teutschland in der Regel überall übliche, der letztere der in den einzelnen Staaten übliche[26]). Das römische Recht in der in Justinians Rechtssammlung erhaltenen Gestalt war die erste Grundlage des gemeinen teutschen Processes. Schon zu Justinians Zeit waren manche in Justinians Compilation erhaltene Stellen, welche der Zeit der classischen Jurisprudenz angehören, blos historisches Material. Denn die bedeutende Veränderung, welche der römische Civilproceß dadurch erlitt, daß der noch zur Zeit der classischen Juristen als Regel geltende Formularproceß aufhörte und als Regel die Verhandlung des Rechtsstreites bis zu Ende vor derselben Behörde stattfand, hatte ohne Zweifel auch bedeutende Veränderungen im materiellen Proceßrechte zur Folge. Diese sind aber von den Compilatoren nicht gehörig bemerkt worden; sie sind häufig nur aus einzelnen Andeutungen derselben zu entnehmen, während eine Menge Stellen, welche nur durch das Bestehen des Formularprocesses und überhaupt des älteren Verfahrens erklärt werden können, von ihnen aufgenommen worden sind, ungeachtet sie durch Aufhebung des älteren Verfahrens unpractisch geworden waren; ein Verfahren, welches in der Unfähigkeit der Compilatoren seinen Grund hat, im übrigen aber nicht zu bedauern ist, da dadurch eine Menge Spuren des älteren Rechtes erhalten sind, welche die Compilatoren bei größerer Befähigung zu der ihnen gewordenen Aufgabe und bei mehrerer Sorgfalt hätten tilgen müssen. Selbst neuere der späteren Kaiserzeit angehörige römische Gesetzstellen verloren bei der Anwendung des justinianeischen Rechtes in den ehemals römischen Provinzen des Occidents, Italien, Frankreich und Spanien ihre Geltung. Das zwar als Grundlage des Processes fortgeltende römische Recht wurde in seiner Fortbildung durch den Einfluß der fremden Einwanderungen gestört: vielfach

26) Vgl. Mittermaier, gem. teutscher bürgerl. Proc. Bd. I, S. 24 flg. Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorles. über den gem. Civilpr. Vorrede S. 3—19. Schmid, Hdbch. des Civilpr. Bd. I, §. 2. Brackenhöft, Erört. S. 33—36.

wurden dessen Grundsätze in den in jenen Ländern neu entstandenen germanischen Reichen durch neue Sitten und eigenthümliche Gewohnheiten abgeändert[27]). Insbesondre verlor alles mit der besonderen römischen Staats- und Gerichtsverfassung Zusammenhängende, sowie alles, was auf eigenthümlichen römischen Ansichten und Einrichtungen, welche sich dort nicht wieder fanden, beruhte, seine Anwendbarkeit[28]). Auch die Glossatoren konnten mit ihrem Streben, das reine justinianeische Recht zur allgemeineren Geltung zu bringen, gegen das neugebildete Gewohnheitsrecht häufig nicht durchdringen[29]). — Auch das Verfahren der geistlichen Gerichte richtete sich nach den Regeln des römischen Rechtes; doch erhielt dasselbe eine neue, besonders seit dem 12. Jahrhundert ergiebige Quelle in dem kanonischen Rechte, dessen Anordnungen besonderen Beifall fanden, weil sie theils der damaligen Zeit und den damaligen Verhältnissen angemessen waren, theils mit der damaligen Rechtswissenschaft eng zusammenhingen. Die Kanonisten waren es daher hauptsächlich, denen die Pflege der Proceßwissenschaft zufiel, und ihr Ansehen und Einfluß auf die Ausbildung der Grundsätze des Proceßrechtes wurde bald allgemein, besonders dadurch, daß sie die neue päbstliche Gesetzgebung berücksichtigten, welche an sich nur für die geistlichen Gerichte bestimmt war, in den weltlichen Gerichten aber durch Gerichtsbrauch angewendet wurde[30]). Daher ist die Kenntniß des Verfahrens der geistlichen Gerichte im Mittelalter in Verbindung mit den darauf bezüglichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes und mit den Ansichten der juristischen Schriftsteller jener Zeit darüber wichtig, theils zum Verständniß und zur Auffassung des kanonischen Rechtes selbst als besonderer Quelle des teutschen Civilprocesses, theils zur Bestimmung des Sinnes, in welchem die Praxis damals das römische Recht verstand, als es durch dieselbe in Teutschland Eingang fand, theils zur Bestimmung der Grenzen dessen, was vom römischen Rechte auf die neueren Verhältnisse anwendbar sei oder nicht[31]). In Teutschland war das fremde Recht, außer in den geistlichen Gerichten, noch nicht in allgemeiner Anwendung, während in den vorher erwähnten romanischen Ländern schon ein gemeinsames, auf jenen Grundlagen beruhendes, gerichtliches Verfahren entstanden war. Erst seit dem 14. und 15. Jahrhundert datirt sich in Teutschland das vorherrschende Ansehen des fremden Rechtes, welches endlich als gemeines subsidiarisches Recht zur unbestrittenen Geltung gelangte[32]). Am schnellsten wurde vom fremden

---

27) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 7.

28) Mittermaier a. a. O. 24—26.

29) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 8, 9.

30) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 13.

31) Mittermaier a. a. O. §. 26—28. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 19. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. III, §. 440 flg.

32) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 16.

Rechte das Proceßrecht recipirt. Dies hatte seinen Grund theils darin, daß die Nothwendigkeit einer neuen Regulirung des Verfahrens überall lebhaft empfunden wurde und in den Reichs- und Landesgesetzen, welche eine solche Regulirung unternahmen, die gemeinrechtlichen Grundsätze in der Hauptsache anerkannt wurden; theils darin, daß es wegen der mehr formellen Natur des Processes den gelehrten Richtern hier leichter, als im Privatrechte war, dem fremden Rechte Eingang zu verschaffen[33]). Zunächst ermittelte die Praxis die Reception der fremden Rechte; das ältere teutsche Recht verlor seine Geltung bis auf wenige Spuren[34]). Die einzelnen wenigen noch übrigbleibenden Institute desselben erlitten eine Umbildung nach der Art des fremden Processes; die Reception des fremden Processes selbst geschah in der Gestalt, welche er durch die damalige Praxis angenommen hatte. Zuerst gedieh diese neue Gestaltung bei den Reichsgerichten zur Vollendung. Durch die Reichsgesetze wurde der durch die Praxis geschaffene Zustand sanctionirt; auch bildete der gemeine Proceß die Grundlage der Reichsgesetzgebung, in welcher sich für denselben eine neue Quelle eröffnete. Durch die Reichsgesetzgebung wurde jedoch zunächst nur das Verfahren bei den Reichsgerichten regulirt, den Reichsständen aber zwar möglichste Gleichförmigkeit mit dem Verfahren der Reichsgerichte bei der Proceßgesetzgebung anempfohlen, jedoch nicht als nothwendig vorgeschrieben, daher die Reichsgesetzgebung für den Landesproceß eine zwar dem fremden Rechte derogirende, aber doch nur subsidiäre Quelle bildet[35]). Es war daher auch zu keiner Zeit des teutschen Reiches eine äußere formale Einheit des teutschen Processes, welche nur durch ein allgemein bindendes Gesetz herzustellen gewesen wäre, vorhanden[36]). Das Verfahren bei den Reichsgerichten aber hatte, und besonders durch dasselbe die Reichsgesetze, auf die historisch gewordene materielle Einheit um so größere Wirkung, als die Landesgerichte freiwillig, theilweise in Folge der Appellationen an das Kammergericht und in Folge der möglichste Gleichförmigkeit mit dem kammergerichtlichen Verfahren anordnenden

---

33) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 17.

34) Mittermaier a. a. O. S. 28. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 18.

35) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXXI, §. 9. Deputationsabschied v. 1600 §. 15. J. Reichsabsch. §. 137. Die letzte Gesetzstelle ist die wichtigste. Sie lautet: „Es sollen auch Kurfürsten und Stände des Reiches bei ihren Untergerichten die Verordnung thun, damit, so viel möglich, bei denenselben die Norma des kammergerichtlichen Processes observiret werde; jedoch mit diesem ausdrücklichen Vorbehalt, bafern bei solchen Iudiciis ein anderer Modus eingeführt und bis dahero beständig hergebracht worden, daß es darbey sein ohngeändertes Verbleiben haben soll."

36) Anderer Meinung ist Brackenhöft, Erört. S. 34, welcher in den Vorschriften des römischen und kanonischen Rechtes, sowie der Reichsgesetze gemeinsame formale Quellen des gemeinen teutschen Civilprocesses findet, nicht minder auch den gemeinen teutschen Gerichtsgebrauch, sofern sich dieser in den

reichsgesetzlichen Vorschrift[37]) ihr Verfahren nach dem Muster des kammergerichtlichen regelten. Die Landesgerichts= und Proceßordnungen hatten das gemeine Recht zur Grundlage und die wenigen darin vom gemeinen Rechte enthaltenen Abweichungen waren auf die Einheit des teutschen Processes ohne Einfluß. Hiernach bestand zu Zeiten des teutschen Reiches allerdings ein sowohl in der Uebereinstimmung des Ursprunges als des Inhaltes begründeter gemeiner teutscher Proceß. Die Auflösung des teutschen Reiches hat nicht vermocht dessen Existenz in Frage zu stellen. Denn hat gleich die gesetzgebende Gewalt über ganz Teutschland in Folge dieser Auflösung aufgehört, indem die Bundesbeschlüsse nur erst durch deren Publication in den einzelnen Bundesstaaten in Kraft treten, so ist doch der gemeine Proceß als subsidiarische Rechtsquelle gleich dem übrigen gemeinen Rechte in den meisten Bundesstaaten freiwillig beibehalten worden. Selbst der Umstand, daß die Bundesgesetzgebung den gemeinen teutschen Proceß nicht ausdrücklich anerkennt[38]), kann gegen die Existenz des gemeinen teutschen Processes nicht in Betracht kommen, da im übrigen die Bundesgesetzgebung die in Teutschland hergebrachten gemeinen Rechte als subsidiäre Entscheidungsquelle ausdrücklich anerkennt[39]), und darin auch eine Anerkennung der fortwährenden Giltigkeit des gemeinen teutschen Processes im ganzen von Seiten der obersten Bundesbehörde gefunden werden muß[40]),

---

Schriften der Juristen richtig aufgezeichnet findet, als eine gemeinsame formale Quelle des gemeinen teutschen Civilprocesses betrachtet.

37) J. Reichsabsch. §. 137.

38) Die Austrägalordnung v. 16. Juni 1817 III. Nr. 6 will in Austrägalsachen der Bundesglieder unter sich von dem als Austrägalinstanz erwählten obersten Justizhofe eines Bundesgliedes nach der Proceßordnung, welche derselbe überhaupt beobachtet, instruirt und auf dieselbe Art, wie die sonstigen dort zu instruirenden Sachen, verhandelt wissen.

39) Für die Austrägalstreitigkeiten bestimmt die Austrägalordnung v. 16. Juni 1817 III, Nr. 7: „das Erkenntniß in der Hauptsache selbst aber erfolgt in Ermangelung besonderer Entscheidungsquellen, nach den in Teutschland hergebrachten gemeinen Rechten.“ Die Wiener Schlußacte v. 15. Mai 1820 Art. XXIII sagt: „Wo keine besonderen Entscheidungsnormen vorhanden sind, hat das Austrägalgericht nach den in Rechtsstreitigkeiten derselben Art vormals von den Reichsgerichten subsidiarisch befolgten Rechtsquellen, insofern solche auf die jetzigen Verhältnisse der Bundesglieder noch anwendbar sind, zu erkennen.“ Gleiches enthält der Bundesbeschluß v. 3. August 1820 Art. IV.

40) Wenn gleich die Austrägalordnung a. a. O. die Instruction des Processes in Austrägalsachen der Bundesglieder ganz nach der von dem erwählten Austrägalgerichtshofe zu beobachtenden Proceßordnung eingerichtet wissen will, so folgt doch daraus, daß die angeführten Gesetze als Entscheidungsquelle für das Erkenntniß in der Hauptsache die in Teutschland hergebrachten gemeinen Rechte, die von den Reichsgerichten subsidiarisch befolgten Rechtsquellen, in Ermangelung anderer Entscheidungsquellen ausdrücklich anerkennen, eine Anerkennung auch des gemeinen teutschen Processes als Entscheidungsquelle um so mehr, als, wenn die Proceßordnung, nach welcher der Austrägalgerichtshof die Sache instruirt hat, für vorkommende processualische Fragen, welche möglicherweise die Entscheidung in der Hauptsache bedingen, keine Bestimmungen enthält, es am

abgesehen davon, daß einzelne Grundsätze desselben in der Bundesgesetzgebung ausdrücklich adoptirt worden sind[41]). — Dem gemeinen Processe gegenüber steht der besondere Proceß der einzelnen teutschen Staaten. Unter diesen ist besonders der sächsische Proceß merkwürdig. Seine vom gemeinen Processe vielfach abweichende und von demselben großentheils unabhängige Entwickelung beweist, daß die Bestimmung der Reichsgesetzgebung wegen möglichster Gleichförmigkeit der Landesproceßordnungen mit dem kammergerichtlichen Verfahren nicht obligatorisch war. Er hat ganz eigenthümliche Institute, welche sich im gemeinen Processe nicht finden[42]). Auf den gemeinen Proceß ist er wegen des großen Ansehens der sächsischen Practiker des 16. und 17. Jahrhundertes von bedeutendem Einfluß gewesen. Nicht weniger verdient unter den Landesprocessen der preußische Proceß in der Gestalt, welche er nach der allgemeinen Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793 erhalten hat, Erwähnung, indem er sich in vielen Beziehungen dem gemeinrechtlichen Untersuchungsprocesse sehr nähert, wogegen die neuere preußische Proceßgesetzgebung wieder mehr zur Verhandlungsmaxime, auf welcher der gemeine teutsche Proceß beruht, zurückgekehrt ist[43]). — Der Proceß des Reichskammergerichtes war ebenso, wie der des Reichshofrathes, ein besonderer[44]). In Ansehung des Territorialprocesses, der seit Auflösung des teutschen Reiches allein noch den besonderen Proceß bildet, unterschied man wieder den Hauptlandesproceß (processus generalis)

Ende an einer Entscheidungsquelle ganz fehlen würde, welche jedoch im gemeinen teutschen Processe als einem Theile „der in Teutschland hergebrachten gemeinen Rechte" vorliegt.

41) So soll in Austrägalsachen das Austrägalgericht über den Kostenpunkt nach gemeinrechtlichen Grundsätzen erkennen. Bundesbeschluß vom 3. August 1820 Art. V. Nicht minder ist gegen Austrägalerkenntnisse die gemeinrechtliche Restitution wegen neu aufgefundener Thatsachen und Beweismittel binnen vier Jahren von der Auffindung gerechnet für zulässig erklärt, auch der gemeinrechtliche Restitutionseid (iuramentum novorum) beibehalten worden. Ang. Bundesbeschluß Art. VI—VIII.

42) Z. B. die Gewähr der Klage, die Strafe des fingirten Geständnisses der Klage und des Verlustes der Einreden bei dem Ungehorsam des Beklagten im ersten Termine, das Satzverfahren mit seinen Eigenthümlichkeiten, das generelle Beweisinterlocut, die Nothfrist zum Beweise und Gegenbeweise, womit die Unzulässigkeit des anticipirten Beweises und der Verbindung des Beweises mit dem ersten Verfahren zusammenhängt, das besondere Verfahren und besondere Erkenntniß über die Beweismittel bei dem Beweise und Gegenbeweise (Productions- und Reproductionsverfahren, Productions- und Reproductionserkenntniß) mehrere dem sächsischen Processe eigenthümliche gesetzliche Eide u. s. w.

43) Vgl. Mittermaier, gem. teutsch. Proceß Bd. I, S. 36 flg.

44) Das Verhältniß der Reichsgesetze war bei jedem dieser Reichsgerichte verschieden. Bei dem Reichskammergerichte bildeten sie die Hauptquelle, weil dem Gerichte gleich bei seiner Entstehung eine besondere Proceßordnung gegeben wurde; bei dem Reichshofrathe hatten die Reichsgesetze nur subsidiäre Anwendung. J. P.-O. Art. V, §. 54. Reichshofrathsordnung von 1654 Tit. II, §. 8 vgl. mit Tit. I, §. 15. Tit. V, §. 9. Brackenhöft, Erört. S. 36.

und den engeren Landesproceß (processus specialis)[45]). II. Man unterscheidet ordentlichen und summarischen Proceß. Der ordentliche Proceß ist dasjenige Verfahren, aus dessen Formen und Regeln jede Sache, welche nicht einer besonderen Procedur zugewiesen ist, behandelt werden muß. Von der Regel und den feierlichen Formen des ordentlichen Processes gestatten die Gesetze bisweilen insofern Ausnahmen, als diese Formen in mehreren Fällen unbeachtet bleiben, wobei jedoch die wesentlichen Erfordernisse jedes Processes immer beobachtet werden müssen. Diejenigen Proceßarten, in welchen den Gesetzen nach solche Ausnahmen von der Regel stattfinden, heißen summarische Processe[46]). Die Gründe zu Abweichungen von der Regel des ordentlichen Processes sind: 1) Geringfügigkeit des Gegenstandes des Rechtsstreites, vermuthliche Einfachheit des zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses und die dadurch begründete Leichtigkeit der Entscheidung des Falles, womit das weitläufige ordentliche Verfahren und der dadurch bewirkte Aufwand an Zeit und Kosten im Mißverhältniß stehen würde; 2) Gefahr, welche auf dem Verzuge ist, weil nach den eigenthümlichen Verhältnissen des Streitgegenstandes eine langsame Rechtspflege besonders gefährlich und die im Wege des ordentlichen Processes erlangte Entscheidung für die Partei leicht ohne Nutzen sein würde, sei es, daß nach der Natur des Streites unerlaubte Selbsthilfe zu befürchten, oder ein unvermeidlicher oder schwer zu ersetzender Schade zu besorgen ist, wodurch die Nothwendigkeit schnelleren Schutzes für die bedrängte Partei durch Anordnung eines provisorischen Zustandes, welcher der Entscheidung in der Sache selbst nicht präjudicirt, entsteht; 3) Gefahr für eine Partei aus absichtlich verzögerter Klagerhebung, zu deren Abwendung ihr bloße Vorbereitung eines künftigen Processes in einem schleunigen Verfahren gestattet wird; 4) gesetzliche Bestimmung, daß von den verschiedenen Rechtsfragen, welche das Verhältniß einer Partei zum Streitgegenstande betreffen und im ordentlichen Processe zu erörtern wären, Eine hervorgehoben und mit vorläufiger Beiseitesetzung der übrigen Punkte verhandelt werde: 5) besondere Begünstigung gewisser Rechtsverhältnisse und Liquidität der vom Kläger vorgebrachten Beweismittel, welche zu einem schleunigen Verfahren insofern Veranlassung giebt, als im ganzen Processe nur liquide Ansprüche zugelassen, illiquide aber zur besonderen Ausführung verwiesen werden, welchenfalls eine weitere Ausführung der illiquiden Ansprüche und eine wiederholte Erörterung des in jenen

45) Danz, ordentl. Proc. §. 8. Brackenhöft a. a. O.

46) Andere setzen dem ordentlichen den außerordentlichen Proceß gegenüber und begreifen unter dem letzteren den Concursproceß und den summarischen Proceß. Schmid, Hdbch. des Civilproc. §. 174. Die besondere Beschleunigung des Verfahrens, welche die Natur einzelner Rechtssachen verlangt oder wenigstens als passend erscheinen läßt, in welcher man das Kriterium des summarischen Processes findet, kommt aber ebenso bei dem Concursprocesse vor.

nicht erschöpfenden Proceßarten nicht definitiv entschiedenen Streitpunktes im ordentlichen Processe möglich ist[47]). Der summarische Proceß pflegt wieder in den bestimmten und unbestimmten summarischen Proceß eingetheilt zu werden[48]). Dieser Eintheilung wird ein verschiedener Sinn beigelegt. Einige bezeichnen als bestimmte summarische Processe diejenigen, deren Abweichungen vom ordentlichen Processe durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch bestimmt sind, als unbestimmte diejenigen, welche solcher besonderen Normen ermangeln und für welche überhaupt nur eine schnellere Verhandlung vorgeschrieben oder hergebracht ist[49]). Andere rechnen zu den bestimmten summarischen Processen die, in welchen ein von der regelmäßigen Ordnung der wesentlichen Proceßhandlungen und den im ordentlichen Processe den Parteien zustehenden Befugnissen abweichender Proceßgang bestimmt ist; zu den unbestimmten die, in welchen unter Beibehaltung der regelmäßigen Ordnung der Proceßhandlungen nur gewisse, auf Abkürzung und Vereinfachung des Verfahrens berechnete Vorschriften gegeben sind[50]). Noch Andere erklären sich ganz gegen jene Eintheilung in der ersten Bedeutung, weil es keinen summarischen Proceß gebe, dessen Form ganz der richterlichen Willkür überlassen wäre und wobei nicht wenigstens die Grundzüge des Verfahrens vorgezeichnet wären, und ebensowenig umgekehrt einen solchen, bei welchem alle vorkommenden Abweichungen von dem ordentlichen Processe vorgeschrieben wären; in der letzten Bedeutung finden sie jene Eintheilung für unpassend, weil, wenn gleich jene sog. bestimmten summarischen Processe durch charakteristische Merkmale sich auszeichnen, ein eigentlicher Gegensatz zwischen dem sog. bestimmten und unbestimmten summarischen Processe nicht bestehe, vielmehr jener, soweit nicht die eigenthümlichen Grundsätze desselben ausreichen, auf der Grundlage jenes beruhe[51]). Dessenungeachtet dürfte jene Eintheilung beizubehalten sein. Es giebt allgemeine Vorschriften über die Verhandlung summarischer Sachen überhaupt, und dann besondere Vorschriften über das Verfahren bei einzelnen Arten summarischer Sachen. Die ersteren bilden den allgemeinen oder unbe-

---

47) Mittermaier, summ. Proc. S. 47 flg., 64 flg. Schmid a. a. O. §. 175. Andere Gründe zur Beschleunigung des Verfahrens sind, weil häufig eine zweckmäßige Grundlage des Rechtsstreites nur durch sofortige Anwendung eines gewissen Mittels gewonnen werden kann. Z. B. durch sofortige Besichtigung bei Baustreitigkeiten; und weil die im öffentlichen Processe gebotene Rücksicht auf die Möglichkeit der Unterdrückung des Streites im Keime in einzelnen Fällen Abweichung von dem regelmäßigen Verfahren verlangt.

48) Danz, summ. Proc. §. 2. Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 80, §. 6. Mittermaier a. a. O. S. 79 flg. und im Archiv für civil. Prax. Bd. VIII, S. 107 flg. und andere.

49) Süptitz, summ. Proc. §. 7. Claproth, summ. Proc. §. 3.

50) Bayer, summ. Proc. §. 5. Linde, Civilproc. §. 327. Mittermaier a. a. O. Bayer substituirt die Ausdrücke irregulär und regulär summarischen Proceßarten.

51) Mittermaier a. a. O. Schmid a. a. O. §. 175.

stimmten summarischen Proceß, die letzteren die speciellen oder bestimmten summarischen Processe. Eine weitere Unterabtheilung des summarischen Processes, welche sich aber mehr bei den sächsischen Processualisten findet[52]), in Urkundenproceß (Executivproceß im weiteren Sinne) und in summarischen Proceß im engeren Sinne, kann nach gemeinem Processe nicht gebilligt werden, weil der gemeine Proceß nur einen Executivproceß kennt, nicht einen Urkundenproceß überhaupt, der Executiv- und Wechselproceß umfaßte. Selbst die neueren sächsischen Proceßlehrer halten diese Eintheilung für von geringer Bedeutung und für entbehrlich[53]). III. Ferner wird unterschieden petitorischer Proceß (proc. petitorius) und possessorischer oder Besitzproceß (proc. possessorius), je nachdem es sich im Rechtsstreite um die Zuständigkeit eines dinglichen Rechtes oder blos um Schutz des fehlerfreien Besitzes oder Quasibesitzes handelt[54]). IV. Der Unterschied zwischen natürlichem und positivem Proceß ist nicht zu billigen. Einen natürlichen Proceß in dem Sinne, daß das Verfahren, wodurch die Streitigkeiten über Privatrechte geschlichtet und deren Wirkungen im einzelnen Falle erzwungen werden, nach Regeln des Naturrechtes geordnet würde, kann es nicht geben, weil sich die Art und Weise eines solchen Verfahrens nur nach Gründen der Zweckmäßigkeit, nicht nach absoluten Rechtsgründen bestimmen läßt, wenn gleich die allgemeinen Voraussetzungen und Grenzen des vom Richter anzuwendenden Zwanges durch solche gezogen werden können[55]). Die Proceßnormen sind alle positiv; schon daß jenes Verfahren nach bestimmten Regeln geschehen müsse, ist an und für sich eine positive Sanction, welche dem Naturrechte fremd ist. Die allerdings, sobald eine solche positive Sanction gegeben ist, vorhandene Möglichkeit, aus der Natur der Sache Normen abzuleiten[56]), kann die erwähnte Eintheilung, selbst wenn man unter dem natürlichen Processe nur den Inbegriff der natürlichen wesentlichen Bestandtheile des Processes versteht, nicht rechtfertigen, da der ganze Proceß ein rein positives Institut ist. V. Ein weiterer Unterschied des Processes ist der zwischen gesetzlichem und Vertragsproceß (legalis und conventionalis); er beruht auf der Verschiedenheit des Grundes der positiven Grundlagen, auf welche sich das Verfahren stützt, nämlich auf Gesetz oder Vertrag der Parteien[56a]). Auch diese Eintheilung verdient keine Billigung.

---

52) Berger, Electa proc. execut. §. 1. Biener, Syst. proc. iud. §. 5. 227.

53) Osterloh, ordentl. Proc. §. 44, summ. Proc. §. 5.

54) Ueber den possessorischen Proceß und dessen verschiedene Arten vgl. den Artikel Possessorium.

55) Brackenhöft, Erört. S. 36.

56) Brackenhöft a. a. O. S. 37.

56a) Brackenhöft a. a. O. S. 51—55. Schmid, Hdbch. des Civilproc. §. 5.

Denn insofern die Parteien ein Verfahren vor einem Schiedsrichter verabreden und dessen Art und Weise durch Vertrag näher bestimmen, was ihnen allerdings unbeschränkt gestattet ist, kann von einem Proceß ohnehin nicht die Rede sein, da bei dem Proceß immer ein Verfahren vor einem Gericht vorausgesetzt wird; eine von einem Schiedsrichter vermöge Vertrages der Parteien zu entscheidende Streitigkeit ist zwar immerhin eine causa dubia, aber kein Proceß im technischen Sinne. Die Frage ist nur die, ob den Parteien bei einem vor Gericht zu verhandelnden Rechtsstreite die Abänderung der gesetzlichen Proceßnormen durch Vertrag gestattet sei oder nicht. In dieser Beziehung herrschen verschiedene Meinungen darüber, ob die Proceßnormen dem öffentlichen oder Privatrechte angehören. Im ganzen muß man die Proceßnormen, da sie die Bedingungen feststellen, unter welchen der Staat gegen Rechtsverletzungen Schutz gewährt, als dem öffentlichen Rechte angehörig betrachten, daher sie im allgemeinen der Abänderung durch Privatwillkür nicht unterworfen sind [57]). Dies schließt aber nicht aus, daß die Parteien vermöge der ihnen zustehenden Dispositionsbefugniß über das Streitobject gewisse Bestimmungen über das Verfahren treffen, namentlich auf einzelne zu ihrem Vortheil getroffene Bestimmungen verzichten. Dem Richter ein ganz anderes Verfahren durch Vertrag aufnöthigen, als dasjenige, was gesetzlich geordnet ist, geht deshalb nicht an, weil der Richter dann die Gewalt, die Parteien zur Beobachtung der vereinbarten Verfahrungsart zu nöthigen und im Falle der Nichtbeobachtung gegen sie processualische Nachtheile zu verhängen, durch die Vorschrift der Parteien erhalten würde, ein eigentlicher Proceß aber nur vor einem Richter stattfinden kann, welcher jene Gewalt durch die Rechtsnormen selbst erhalten hat, weil dies zum Begriffe eines Richters wesentlich ist [58]). Es würde jedenfalls der Zustimmung des Richters bedürfen; wenn derselbe aber solche ertheilt, er nicht als Richter, sondern als Schiedsrichter betrachtet werden müssen. Schon deshalb kann ein Vertragsproceß nicht statuirt werden. Dagegen steht es den Parteien allerdings frei, statt der nach dem Gesetze eigentlich in der vorliegenden Streitsache einzuschlagenden Proceßart eine andere gleichfalls in den Gesetzen des Staates, vor dessen Gericht gestritten wird, begründete Proceßart zu substituiren. Denn hier wird dem Richter nicht zugemuthet, nach anderen Proceßnormen, als den gesetzlichen, zu verfahren. Möglicherweise kann aber auch hier eine Beschränkung der Parteiwillkür insofern eintreten, als eines Theiles durch die Staatsgesetze für gewisse Rechtsstreitigkeiten ein bestimmtes Verfahren ausschließlich vorgeschrieben und kein anderes zulässig ist, anderen Theiles der Richter selbst durch die gegründete Besorgniß einer möglichen Unordnung im Verfahren sich veranlaßt sehen kann, einem solchen Compromiß der Parteien seine Zu=

---

57) **Mittermaier**, im Archiv für civil. Prax. Bd. XIII, S. 296.
58) **Brackenhöft**, Erört. S. 53.

stimmung zu versagen. Ueberhaupt ist die Bestimmung der Parteien über die Procedur in folgender Begrenzung als zulässig zu achten[59]: 1) den Parteien steht unbedingt frei, außerwesentliche Bestandtheile des Verfahrens zu benutzen oder darauf zu verzichten; 2) positiv wesentliche Bestandtheile oder die Formen des Verfahrens, soweit sie blos Handlungen der Parteien und deren Nebenpersonen betreffen, können die Parteien sich gegenseitig erlassen, sowohl bei einzelnen Acten, als auch in der Weise, daß sie einen summarischen Gang des Verfahrens wählen, wenn hieraus keine Unordnung im Verfahren entsteht, eine im Staatsgebiete geltende Proceßart gewählt worden ist, und das Streitobject nicht aus besonderen Staatsrücksichten ausschließlich an ein bestimmtes Verfahren gebunden ist[60]); 3) der Kläger darf auf Weglassung von Formen, welche eine für die Sache geeignete außerordentliche Procedur zulässig macht, verzichten und deren Beibehaltung durch Betretung des ordentlichen Verfahrens verlangen, z. B. statt des unbedingten Mandatsprocesses den ordentlichen Proceß wählen; wofern nicht auch hier für das Streitobject im Staatsinteresse ausschließlich ein bestimmtes Verfahren geordnet ist.

CC. Proceßgesetze: I. Verhältniß neuerer zu älteren Proceßgesetzen[61]). Darüber sind die Ansichten verschieden. Es kommen hauptsächlich zwei Grundansichten in Betracht. Nach der einen, vorzüglich von Meyer[62]) vertheidigten Ansicht ist die Procedur ein organisches Ganze mit innerem Zusammenhange, so daß alle nachfolgenden Acte des Verfahrens mit den früheren verbunden und eigentlich nur Fortsetzungen und Entwickelungen derselben sind, daher auch jeder einmal angefangene Proceß nur nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft das Verfahren begonnen wurde, fortgesetzt werden muß. Nach einer anderen Ansicht aber ist die Procedur ein Inbegriff successiver Acte, von welchen jeder selbstständig für sich betrachtet werden kann[63]), so daß der Proceß ebenso der Vergangenheit angehört, als neue Acte nach dem Gesetze vorzunehmen sind, unter dessen Herrschaft sie vor-

59) Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 5.

60) Handlungen des Richters können von den Parteien nur insofern geändert werden, als sie in unzertrennbarer Verbindung mit den Parteihandlungen stehen, während sonst z. B. bei der Protocollführung der Richter, an die Gesetze und seine Instruction gebunden, weder sich selbst eine Abweichung davon gestatten, noch eine Bestimmung der Parteien darüber anerkennen darf. Schmid a. a. O.

61) Vgl. die bei Linde, Civilpr. §. 40, N. 1 und Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 6, N. * angeführten Schriften über die rückwirkende Kraft der Gesetze von Weber, Borst, Winsen, Herrnstorf, Bergmann, Meyer, Georgii. Ueber die Anwendung neuer Proceßgesetze auf anhängige Rechtsstreitigkeiten insbesondre Mittermaier, im Archiv für civil. Prax. Bd. X, S. 118 flg. Brackenhöft, Erört. S. 56—60. Schmid, Hdbch. §. 6.

62) Meyer, principes sur les questions transitoires p. 29. 43.

63) Dies vertheidigt Merlin, répertoire universel de iurisprudence T. XVI. p. 280.

genommen werden sollen. Für die Wahrheit der ersteren Ansicht kann die Erwägung geltend gemacht werden, daß jede Partei, welche einen Rechtsstreit anfängt, einen bestimmten Proceßplan für das ganze Verfahren sich entwirft und darnach mit alleiniger Rücksicht auf die zur Zeit des Anfanges des Rechtsstreites geltende Gesetzgebung, welche sie ja auch nur allein zu dieser Zeit in Betracht ziehen kann, alles einrichtet[64]). Allein diese Ansicht ist ohne große Nachtheile nicht durchzuführen und beruht auf nur halb wahren Voraussetzungen. Die consequente Durchführung dieser Ansicht würde die Gesetzgebung nöthigen, noch Jahre lang die Mißbräuche und Gebrechen des alten Verfahrens bestehen zu lassen; man müßte, wenn die neue Proceßgesetzgebung zugleich die Gerichtsverfassung abändert, für die bereits angefangenen Processe das Fortbestehen der älteren Gerichtsverfassung behaupten. Es ist aber auch die Behauptung, daß der Proceß ein Inbegriff untrennbarer, organisch unter sich zusammenhängender Acte sei, unrichtig, weil sie zu viel behauptet. Jede neue Proceßgesetzgebung beabsichtigt durch die neue Form eine Verbesserung des Alten, sowohl im Interesse der Gerechtigkeit, welches erfordert, daß möglichst das materielle Recht auch formelles Recht werde und daß nicht die Aufhellung der Wahrheit durch unpassende Formen oder chicanöse trügliche Mittel leide, als auch im Interesse der streitenden Theile selbst, welche bei der Verfolgung ihres Rechtes ihr Ziel so schnell und sicher wie möglich zu erreichen wünschen. Sind auch zum Behufe der Erlangung eines gerechten Urtheiles alle einzelnen im Verfahren vorkommenden Handlungen nur Mittel zur Erreichung dieses Zweckes und hängen insofern unter sich zusammen, so hindert dies nicht die Verhandlung eines der später angewendeten Mittel nach anderen Formen als denen, welche zur Zeit der Anwendung des früheren Mittels galten. Der Zusammenhang liegt nur darin, daß durch jede dieser processualischen Handlungen die Wahrheit sicher aufgehellt werde. Die Vermuthung ist dafür, daß das neue Gesetz die neue Form in demselben Interesse der Aufhellung der Wahrheit vorgeschrieben habe, aber mit der Ueberzeugung, daß in dieser Beziehung die alte Form verbessert werden müsse. Es läßt sich daher nicht einsehen, was eine Partei durch die Nothwendigkeit, ein späteres processualisches Mittel nach anderen Formen als dies früher der Fall gewesen wäre, zu gebrauchen, verlieren soll. Nur zwei Hauptrücksichten sind bei Anwendung neuer Proceßgesetze maßgebend. 1) Die Anwendung des neuen Gesetzes in einem anhängigen Rechtsstreite ist nicht zulässig, sobald dadurch ein erworbenes Recht verletzt werden würde[65]). Nur ist die Entscheidung im einzelnen Falle, in wieweit ein solches Recht begründet ist, schwierig[66]). Von einem erworbenen Rechte im

64) Siehe die Ausführung im einzelnen bei Mittermaier a. a. O. S. 119—121.

65) Gönner, über das bayerische Gesetz v. 1819 S. 491.

66) Mittermaier a. a. O. S. 125 flg.

Processe kann aber nur insofern die Rede sein, als a) einer Partei schon vor der Einführung des neuen Gesetzes durch einen richterlichen Act im Processe Rechte zugesprochen worden sind, welche nach den damaligen Gesetzen keine Aenderung litten[67]); b) der Gesichtspunkt des erworbenen Rechtes entscheidet dann, wenn es sich von den rechtlichen Wirkungen gewisser bereits vorgenommener Proceßhandlungen handelt[68]); c) hat eine Partei unter der Herrschaft des alten Rechtes von einer damals zulässigen rechtlichen Befugniß bei Gericht Gebrauch machen zu wollen erklärt, wenn auch erst später im Processe die wirkliche Benutzung der Befugniß geschehen soll, so hat sie das Recht darauf auch dann, wenn selbst ein neues in der Zwischenzeit eingeführtes Gesetz diese Befugniß für unzulässig erklärt hätte[69]). 2) Ist aus der gemischten Anwendung des Alten und Neuen Verwirrung und Störung im Verfahren zu befürchten, so liegt die Unterlassung der Anwendung des neuen Gesetzes auf den anhängigen Rechtsstreit im Interesse der Gerechtigkeit sowohl, als der Parteien selbst. Eine solche Verwirrung ist dann zu besorgen, wenn eine Proceßhandlung schon nach dem alten Gesetze angefangen worden ist[70]). Diese Rücksicht führt weiter zu der Frage, ob nicht in einem anhängigen Processe die bloße Eröffnung eines gewissen Abschnittes nach der alten Form schon einen Grund zur Nichtanwendung der neuen Form für die späteren Acte desselben Abschnittes abgeben könne. Denkt man sich nun die verschiedenen Acte desselben Processes als successive und unabhängige, so ist die Frage, ob sich dies von allen einzelnen Acten oder nur von gewissen Abschnitten behaupten läßt. Folgende Gesichtspunkte sind hierbei möglich. 1) Entweder man betrachtet jede einzelne Instanz im Processe als unabhängig von der anderen, die in derselben Instanz vorkommenden Handlungen aber als so zusammen gehörig, daß eine begonnene Instanz auch nach den bei ihrem Anfange geltenden Gesetzen fortgesetzt werden muß, oder 2) man denkt sich die Hauptabschnitte des Verfahrens in dieser Hinsicht getrennt von

67) War z. B. gegen ein ergangenes Urtheil zu der Zeit der Publication nach den damals bestehenden Gesetzen kein Rechtsmittel zulässig, so hat der Sieger ein Recht auf die Unumstößlichkeit des Urtheiles erworben, wenn auch im neuen Gesetze gegen diese Art von Urtheilen Rechtsmittel zugelassen werden. Mittermaier a. a. O. S. 126.

68) Die Wirkungen, welche die Litiscontestation nach den zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Gesetzen hat, bleiben, ungeachtet das neue Proceßgesetz solche Wirkungen nicht mehr anerkennt. Mittermaier a. a. O. S. 126 flg.

69) Z. B. ist die Leistung des Gefährdeeides, welchen eine Partei von der anderen zur Zeit des alten Gesetzes zulässiger Weise gefordert hat, auch dann zulässig, wenn in der Zwischenzeit das neue Gesetz diesen Eid verboten hat. Gönner a. a. O. S. 503. Mittermaier a. a. O. S. 127.

70) Z. B. der Zeugenbeweis ist schon nach dem alten Gesetze mit Einreichung der Beweisartikel angetreten und der Gegner hat schon Fragstücke übergeben; in der Zwischenzeit vor dem Zeugenverhör ist aber eine ganz neue Form der Zeugenvernehmung vorgeschrieben worden. Mittermaier a. a. O. S. 127.

einander und trennt daher den Abschnitt des sog. ersten Verfahrens oder der Aufnahme der Streitesverhandlungen von dem Beweisverfahren, und letzteres wieder von dem Verfahren über Rechtsmittel u. s. w., oder 3) man löst den Proceß nach den Hauptbestandtheilen des Processes und den dazu gehörigen Acten auf, und zwar in die Klage, die Vertheidigung, die Instruction, das Beweisverfahren, wo wieder die Beweisantretung, die Production, die Beweisausführung unterschieden werden können, endlich in das Verfahren zur Fällung des Erkenntnisses. Anscheinend entsteht durch die Annahme der ersten Ansicht die wenigste Verwirrung im Verfahren, daher auch mehrere neue Proceßgesetzgebungen bestimmen, daß die an dem Tage des Eintrittes der Gültigkeit des neuen Gesetzes bereits anhängigen Rechtsstreite in derselben Instanz nach den bisherigen Proceßgesetzen verhandelt werden sollen[71]; welche Vorschrift jedoch sehr bedenklich ist, weil nach ihr die alten Gebrechen des Verfahrens und die vorigen Gerichtsverhältnisse oft noch Jahre lang fortbestehen müßten. Vertheidigt man auch die Ansicht, so entsteht dadurch eine noch schwierigere Frage, wie es dann zu halten sei, wenn eine in erster Instanz anhängige Sache zur Zeit der Einführung des neuen Gesetzes wegen eines Incidentpunktes oder wegen eines gegen das Interlocut eingewendeten Rechtsmittels in höherer Instanz schwebt und dann wieder an die erste Instanz zurückkommt[72]. Zuvörderst setzt die umsichtige und gerechte Anwendung neuer Proceßgesetze in bereits anhängigen Rechtsstreitigkeiten voraus, daß man gewisse Classen der neuen Proceßgesetze unterscheide[73]. Diese lassen sich nach Verschiedenheit ihres Inhaltes so trennen: 1) Entweder schreibt das neue Gesetz neue im vorigen Processe unbekannte processualische Acte vor, oder 2) es führt statt der bisherigen Formen neue ein, und zwar a) entweder eine neue Grundform des Processes überhaupt, z. B. Oeffentlichkeit, oder b) eine neue Form eines einzelnen Actes; oder 3) das neue Gesetz schreibt über das Verhältniß der Thätigkeit des Richters in Bezug auf die Proceßführung neue Befugnisse vor, z. B. Untersuchungsmaxime statt der bisherigen Verhandlungsmaxime; oder 4) es verbietet gewisse Befugnisse der Parteien oder gewisse Acte, welche früher gestattet waren, oder 5) es bestimmt neue Rechtsnachtheile oder legt überhaupt den Proceßacten oder Urtheilen neue Rechtswirkungen bei; oder 6) es enthält neue Vorschriften über die Bedingungen der Zulässigkeit gewisser Gesuche, oder 7) es schreibt neue Erfordernisse der Beweismittel vor, oder 8) es giebt neue Bestimmungen über die Zulässigkeit gewisser Beweismittel, oder 9) es giebt den Parteien neue Befugnisse zu Rechtsmitteln. Zur gerechten Anwendung neuer Proceßgesetze mit Rücksicht

71) Z. B. die bayerische Novelle vom 22. Juli 1819 §. 12.

72) Vgl. darüber Gönner, Comm. zu dem ang. bayer. Ges. S. 501. Mittermaier a. a. O. S. 129 flg.

73) Mittermaier a. a. O. S. 130 flg.

auf diese Unterscheidungen geben die schon oben angegebenen Rücksichten, daß 1) einer Partei ein schon erworbenes Recht nicht entzogen werden darf und 2) jede durch Anwendung alter und neuer Proceßgesetze leicht entstehende Verwirrung des Verfahrens vermieden werde, sichere Entscheidungsnormen an die Hand[74]. Aus der ersten angegebenen Rücksicht muß 1) wenn das neue Gesetz gewisse Acte, Befugnisse oder Rechtsmittel, welche bisher gestattet waren, verbietet, der Partei, welche bereits vorher gerichtlich erklärt hat, von dem Acte oder der Befugniß Gebrauch machen zu wollen, deren wirkliche Benutzung auch nach der Einführung des neuen Gesetzes gestattet werden. 2) Dasselbe gilt, wenn von neueren Rechtswirkungen die Rede ist, welche gewissen Erkenntnissen oder Acten beigelegt werden, daher z. B. wenn ein neues Gesetz die Folgen des Ungehorsams ändert, ein am Vorabende vor Einführung des neuen Gesetzes ergangenes Contumacialurtheil die Wirkungen des alten Gesetzes haben muß. 3) Ebenso würde es ungerecht sein, ein neues Gesetz, welches neue Vorschriften über Bedingungen der Zulässigkeit gewisser Gesuche giebt, auf den unter dem alten Gesetze vorgenommenen Act zurückzubeziehen[75]. 4) Deshalb muß auch, wenn neue Gesetze über Beweismittel, ihre Zulässigkeit oder ihre Erfordernisse, etwas bestimmen, jeder Partei das Recht zustehen, ihren Beweis, sobald der Rechtsstreit angefangen hat, nach dem alten Gesetze zu führen, z. B. Zeugenbeweis zu führen, obgleich das neue Gesetz in solchen Fällen den Beweis durch Zeugen nicht mehr zuläßt[76]. Denn die Partei, als sie das Rechtsverhältniß einging, konnte sich nur um solche Beweismittel bekümmern, welche das damalige Gesetz gestattete, und war rechtlich nicht dabei interessirt, sich andere Beweismittel zu verschaffen[77]. Ob dies selbst dann gelten könne und müsse, wenn die Klage zur Zeit des neuen Gesetzes noch gar nicht angestellt war, ist bestritten. Einige[78], welche dies bejahen, berufen sich darauf, daß die Beurtheilung, welche Beweismittel bei einem Geschäfte zulässig seien, nur nach der Zeit der Eingehung des Geschäftes sich richte. Andere[79] verneinen es mit größerem Rechte. Denn die Unbilligkeit, welche hier in der Anwendung des neuen Gesetzes liegen würde, abzu-

---

74) Mittermaier a. a. O. S. 131 flg.

75) Z. B. das alte Gesetz läßt den Eidesantrag in jeder Lage des Streites zu, das neue, welches zu der Zeit eingeführt wird, wo der Proceß in der Duplik schwebt, verlangt, daß der Eid schon in der Klage angetragen werde. Hier hat der Kläger noch jetzt das Recht zum Eidesantrage, da er zur Zeit der Klagerhebung sich nach einem noch nicht existirenden Gesetze zu richten nicht verbunden war.

76) Dies erkennt auch L. 18. C. (IV. 20.) an.

77) Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft S. 170.

78) Z. B. Mittermaier a. a. O. S. 132, der sich auf französische Entscheidungen in Merlin, repertoire vol. XVI. p. 284 beruft.

79) Weber, über Rückanwendung positiver Gesetze Nr. 69, S. 160 flg. Brackenhöft, Erört. S. 56 flg.

wenden, würde Sache des Gesetzes sein; der Richter würde nur das neue Gesetz auf die nach demselben entstandenen Processe über vor dem Gesetze eingegangene Rechtsgeschäfte anzuwenden haben, sobald es nur ein wahres Proceßgesetz ist. Denn dann ist jene Veränderung in den Mitteln der Geltendmachung nur eine Veränderung der Art und Weise dieser letzteren, und es läßt sich nicht behaupten, daß man mit einem Rechte auch ein wohlerborbenes Recht auf eine gewisse Art und Weise der Geltendmachung desselben erwerbe; und wenn durch eine solche Veränderung die einer Partei zu Gebote stehenden Beweismittel unbrauchbar werden, so ist dies vom Richter so anzusehen, als ob ein zufälliger Verlust derselben eingetreten wäre[80]). Anders würde es sein, wenn die Vorschrift auf die Geltung des Rechtes selbst ginge, z. B. wenn es für nicht klagbar erklärt würde, oder wenn die neue Vorschrift die Giltigkeit eines Geschäftes von der Ausstellung einer Urkunde oder der Gegenwart einer gewissen Anzahl Zeugen abhängig machte, nicht blos gewisse Beweismittel für zulässig erklärte[81]). 5) Der oben erwähnte Gesichtspunkt der Rechtserwerbung ist auch dann anzuwenden, wenn das neue Gesetz Rechtsmittel, welche das vorige nicht kannte, in Fällen, wo nach dem alten Gesetze kein Rechtsmittel mehr stattfand, giebt; z. B. eine dritte Instanz zuläßt, wo früher nur zwei Instanzen galten. Ist das Urtheil noch unter dem alten Gesetze in zweiter Instanz ergangen und eröffnet, und Tages darauf wird das neue Gesetz eingeführt, so hat der Sieger durch die Publication ein Recht auf Unumstößlichkeit des Urtheiles erworben und eine dritte Instanz ist unstatthaft[82]). Aus der zweiten Rücksicht, daß jede durch Anwendung alter und neuer Proceßgesetze in demselben Rechtsstreite leicht entstehende Verwirrung des Verfahrens vermieden werde, steht der Anwendung des neuen Proceßgesetzes, wenn es nur neue Formen statt der bisherigen anordnet, nichts entgegen; der Gesichtspunkt der sonst entstehenden Rechtsverletzung tritt nicht hindernd in den Weg. Eine Beschränkung der Anwendbarkeit deshalb, damit nicht durch Anwendung des Neuen Verwirrung im Verfahren entstehe, ist nur dann anzunehmen, wenn 1) eine neue Form auf Acte angewendet werden soll, welche nur Fort-

80) Brackenhöft a. a. O.

81) Der Unterschied der verschiedenen Fälle dieser Beispiele zeigt sich in den Folgen, welche das Gesetz mit sich bringt, wenn der Beklagte den Abschluß des Geschäftes leugnet. Im ersten Falle, wo die Veränderung das Beweismittel trifft, bewirkt es, daß eine andere Art der Beweisführung nöthig wird. Im zweiten Falle, wo die Veränderung die Geltung des Verhältnisses trifft, bewirkt es, daß die Beweisführung einen anderen Inhalt haben, auf andere Thatsachen gerichtet werden muß, als vorher; aber die Ausstellung der Urkunden, die Gegenwart der erforderlichen Anzahl von Zeugen bei dem Geschäfte, kann durch dieselben Beweismittel erwiesen werden, wie vor dem Gesetze. Nur im ersten Falle ist die Veränderung des Gesetzes processualischer Natur. Brackenhöft a. a. O. S. 57.

82) Weber a. a. O. S. 130. Mittermaier a. a. O. S. 133 flg.

setzung eines bereits begonnenen Actes sind[83]); 2) wenn das neue Gesetz Aenderungen über das Recht der Parteien, sich durch Anwälte vertreten zu lassen oder überhaupt über die Form ihres Auftretens vor Gericht enthält[84]); 3) wenn das neue Gesetz einen ganz anderen Grundsatz über das Verhältniß der Parteien zu dem Richter sanctionirt, z. B. statt der bisherigen Verhandlungsmaxime das Untersuchungsprincip einführt[85]). Gewöhnlich wird bei durchgreifenden neuen Proceßgesetzen die Rückanwendung des neuen Gesetzes durch besondere transitorische Bestimmungen näher geregelt[86]). Einzelne Proceßgesetze schließen ihre Anwendung auf die zur Zeit ihrer Bekanntmachung anhängigen Rechtsstreite ausdrücklich aus[87]).

II. Verhältniß auswärtiger zu den inländischen Proceßgesetzen[88]). Es folgt theils aus der Regel locus regit

---

83) Z. B. das alte Gesetz gestattete vier Sachverständige, welche schon einmal Besichtigung vorgenommen hatten; das nun erscheinende neue Gesetz gestattet jeder Partei nur Einen Sachverständigen; wegen Unvollständigkeit der ersten Besichtigung ist aber eine neue Besichtigung nothwendig; solchenfalls ist auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes die Zuziehung der vorigen vier Sachverständigen nothwendig. Mittermaier a. a. O. S. 134.

84) Z. B. wenn bisher Advocaten den Proceß führen durften und ein neues Gesetz verlangt in dieser Art von Processen das persönliche Erscheinen der Parteien, so ist des neuen Gesetzes ungeachtet der Rechtsstreit von dem Advocaten durchzuführen. Mittermaier a. a. O. S. 134.

85) Die Anwendung der bisher aufgestellten Sätze auf einzelne Fälle zeigt ausführlich Mittermaier a. a. O. S. 135—143.

86) Bayerisches Ges. v. 22. Juli 1819 §. 38. Publ. Patent zur hannöv. Untergerichtsordn. v. 5. Oct. 1827 §. 2. Würtemb. provis. Verordn. v. 22. Septbr. 1819 §. 29—38. Jenaische Oberappellationsgerichtsordn. v. 8. Octbr. 1816 §. 100. Zerbster Oberappellationsgerichtsordn. v. 1817 §. 67. Badische Proceßordn. v. 1831 Art. 2, 3. Weim.-Eis. Ges. Uebergangsbestimmungen zu dem Ges. v. 15. März 1850 über die Zuständigkeit der Gerichte und über den Instanzenzug in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten betreffend v. 16. März 1850. Meining. Ges. zur Beseitigung mehrerer Mängel und Streitfragen im bürgerl. Processe v. 27. Juli 1844 Art. 47. Goth. Publ. Patent zu den Gesetzen die Verbesserung und Abkürzung des Verfahrens im ordentlichen Processe betr. und über den unbest. summ. Proceß v. 12. Octbr. 1837. Goth. Gesetz über den Executivproceß v. 18. Octbr. 1837 §. 47. Altenb. Gesetz über den unbest. summ. Proceß v. 7. April 1823 §. 3. Gesetz zur Abkürzung und Verbesserung des Proceßverfahrens in Civilstreitigkeiten vom 14. October 1852 §. 78—82. Reuß.-Greiz. Gesetz über den Instanzenzug in Civil- und Criminalsachen v. 1. Januar 1846 §. 5, 30. Reuß jüngerer Linie Gesetz über den Instanzenzug in Civil- und Criminalsachen v. 28. März 1838 §. 8. Publ. Patent zu dem Gesetze über den summ. Proceß v. 24. März 1838. Sondersh. Ges. die Uebergangsbestimmungen zu dem Gesetze über die Zuständigkeit der Gerichte und über den Instanzenzug in bürgerl. Rechtssachen v. 5. April 1850 betr. v. 6. April 1850. Rudolst. Ges. v. 1. Mai 1850 §. 23—26. Dess.-Köth. Publ. Patent zu den revid. Erläut. zur Landes- und Proceßordnung v. 21. Juli 1850.

87) Sondersh. Publ. Patent zu dem Gesetze über Verbesserungen und Erläuterungen des Civilprocesses v. 20. Febr. 1834.

88) Ueber die Collision der Proceßgesetze insbesondre vgl. Mittermaier im Arch. für civil. Pr. Bd. XIII, S. 293—316. Schmid, Hdbch. des Civilpr.

actum, theils aus der Natur der Proceßgesetze, daß ein Rechtsstreit im ganzen, in seinen einzelnen Arten und Theilen nach den Gesetzen des Ortes, wo der Streit geführt wird, verhandelt werde[89]), weil der Richter nur nach den Gesetzen dieses Ortes giltig verfahren kann, und daß die processualischen Rechte und Pflichten der Parteien nach diesen Gesetzen sich richten[90]). In Betreff der Zulässigkeit gewisser Proceßarten ist sowohl die Frage, ob eine in einem Lande gar nicht gesetzlich anerkannte Proceßart, als auch die Frage, ob eine zwar nach den Landesgesetzen zulässige, aber nur beschränkt gestattete Proceßart deshalb als zulässig angenommen werden dürfe, weil die Contrahenten im Auslande sich dieser Proceßart unterworfen haben, lediglich nach den Gesetzen des Proceßgerichtes zu beurtheilen[91]). Was aber die Beurtheilung des dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses selbst anlangt, so können nur die Normen zur Anwendung kommen, welche überhaupt nach Grundsätzen des Civilrechtes bei der materiellen Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses gelten, also nach Verschiedenheit der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse die statuta personalia, realia oder mixta[92]). Einzelne an anderen Orten, als in dem Proceßgerichte selbst, vorgenommene processualische Handlungen, welche vorkommen können entweder in Folge einer Requisition des Proceßgerichtes, oder von der auswärts wohnenden Partei vorgenommen werden und nur

---

§. 7. Brackenhöft, Erört. S. 61. Seuffart, Hdbch. des teutschen Civilpr. Bd. I, S. 231—263. Franke, Civilpr. §. 21. Ueber die Collision der Gesetze überhaupt Wächter, im Arch. für civil. Pr. Bd. XXIV. S. 230—311. Bd. XXV, S. 1—60, 161—200, 361—419.

89) Mittermaier a. a. O. S. 293—296.

90) Mittermaier a. a. O. S. 296, 300 flg. 313. Linde, Civilpr. §. 39, 41. Namentlich entscheiden die Gesetze des Ortes, wo der Rechtsstreit geführt wird, überall a) wo es auf die Form einzelner Processe zum Behufe der Vorlegung der Thatsachen bei Gericht, oder zur Führung der Beweise vorzunehmender processualischer Handlungen ankommt; b) wo einzelne processualische Befugnisse der Parteien in Frage stehen; c) wo über die Wirkungen und Nachtheile einzelner im Processe vorgenommener Handlungen oder gewisser Versäumnisse zu entscheiden ist; d) wo die Frage zu entscheiden ist, auf welche Mittel der Richter seine rechtliche Ueberzeugung bauen darf.

91) Mittermaier a. a. O. S. 302 flg. Die erste Frage kommt vorzüglich bei dem Wechselprocesse, die zweite da zur Anwendung, wo die Parteien dem Executivprocesse oder dem Arrestprocesse sich in Urkunden unterworfen haben. So unbedenklich es in Bezug auf die erste Frage ist anzunehmen, daß man sich einem fremden Wechselgesetze unterwerfen könne und daß der ausgestellte Wechsel auch im Auslande nach der Absicht der Contrahenten beurtheilt werden müsse, eben so unzweifelhaft ist es, daß den Gerichten eines Landes, in dem kein Wechselrecht gilt und auch kein Wechselproceß stattfindet, durch eine solche Unterwerfung der Parteien kein Wechselproceß aufgedrungen werden kann. Eben so ist die Frage, ob aus den im Auslande errichteten Urkunden der Executivproceß stattfinde, welchen in solchen Fällen das ausländische Gesetz verstattet, das Gesetz des Proceßgerichtes aber nicht annimmt, nur nach den Gesetzen des Proceßortes zu beurtheilen. Mittermaier a. a. O.

92) Mittermaier a. a. O. S. 297 flg.

bestimmt sind, ihre Wirkung in dem Proceßgerichte zu äußern, oder schon vor dem erhobenen Rechtsstreite aufgenommen sind und nur von den Parteien in Bezug auf die rechtliche Beurtheilung des Materiellen der Sache selbst in dem Proceßgerichte vorgelegt werden, sind, dem allgemeinen Grundsatze zufolge, rücksichtlich der Form und des Inhaltes nach den Gesetzen des Ortes, wo sie vorgenommen worden sind, zu beurtheilen[93]). Die Frage, welche Erfordernisse hinsichtlich der im

93) Mittermaier a. a. O. S. 299, 308—316. Bei Handlungen, welche auf Requisition des Proceßgerichtes im Auslande vorgenommen werden, z. B. bei Zeugenvernehmungen, scheint es zwar, daß der auswärtige Richter, welcher nur als Mandatar des requirirenden Gerichtes handelt, sich nur nach dem Auftrage des Mandanten richten und daher auch die für das requirirende Gericht giltigen processualischen Normen anwenden müsse; es erklärt sich auch daraus die Gewohnheit mancher teutscher Gerichte, dem requirirten Gerichte die Formvorschriften des am Orte des requirirenden Gerichtes geltenden Gesetzes mitzutheilen und um Beobachtung dieser Formen zu ersuchen. Eine Verpflichtung des requirirten Gerichtes, die am Orte des requirirenden Gerichtes giltigen processualischen Normen zur Anwendung zu bringen, kann aber um so weniger angenommen werden, als, wenn es auch diese Normen anwenden wollte, doch deren Anwendung nicht blos von seinem Willen abhängt, sondern auch es dabei auf die Zustimmung desjenigen ankommt, welcher bei der fraglichen Proceßhandlung thätig ist. Z. B. ein Zeuge, um dessen Vernehmung ein auswärtiges Gericht vom Proceßgerichte ersucht wird, ist nur verbunden, sich als Zeuge nach den Formen, welche für das requirirte Gericht gelten, vernehmen zu lassen; eine Partei, welche einen Eid zu leisten hat, ist, wenn das auswärtige Gericht zur Abnahme des Eides vom Proceßgerichte requirirt wird, den Eid nur unter Beobachtung derjenigen Förmlichkeiten zu leisten schuldig, welche für das zur Eidesabnahme requirirte Gericht gelten. So unbedenklich die Beobachtung der für das requirirende Gericht geltenden Vorschriften von Seiten des requirirten Gerichtes, welches um deren Anwendung bei Vornahme einer Handlung ersucht wurde, dann ist, wenn die dabei Betheiligten der Anwendung der für das requirirende Gericht geltenden Gesetzgebung nicht widersprechen, so wenig ist eine Verpflichtung des requirirten Gerichtes, bei der Proceßhandlung, um deren Vornahme es ersucht worden ist, die für das requirirende Gericht giltigen Formvorschriften anzuwenden, anzunehmen, auch wenn die Betheiligten deren Anwendung nicht widersprechen. Denn das requirirte Gericht ist nur an die Gesetze seines Landes gebunden; es ist daher nicht verbunden, bezüglich nicht befugt, einen Auftrag anzunehmen, welcher es nöthigt, processualische Handlungen auf andere Art, als sein Gesetz es gestattet, vorzunehmen; jedes requirirende Gericht weiß dies oder muß es wissen, und willigt daher ein, daß die Handlung vor dem requirirten Gerichte nur nach den für dasselbe geltenden Gesetzen vorgenommen werde. Mittermaier a. a. O. S. 308 flg. Dagegen ist in Ansehung der Proceßvollmachten rücksichtlich deren Form lediglich die Gesetzgebung am Orte des Proceßgerichtes maßgebend, während hinsichtlich der Fähigkeit zu processiren die am Wohnorte der Partei geltenden Gesetze allein anwendbar sind. In ersterer Beziehung ist Mittermaier a. a. O. S. 312 anderer Meinung, während Tittmann, de competent. leg. p. 49 die hier angenommene Ansicht vertheidigt. Sie ist deshalb die richtige, weil, wenn die für das Proceßgericht giltigen Proceßnormen eine bestimmte Form für Proceßvollmachten vorschreiben, z. B. bestimmte Vollmachtsformulare, gerichtlich oder vor Notar ertheilte oder anerkannte Vollmachten, das Proceßgericht auch nur die durch in der gesetzlichen Weise aufgestellten Vollmachten legitimirten Anwälte zulassen darf und es sonach nicht blos von der Willkür des Gegners abhängt, Anwälte, welche nicht

Processe auftretenden Subjecte nöthig sind, wird nach den Gesetzen des Proceßgerichtes beurtheilt; darüber aber, ob dieselben vorhanden seien, entscheiden die Gesetze des Wohnortes, die sog. statuta personalia [94]). — Die Klagbarkeit eines Verhältnisses ist nach den am Orte des Proceßgerichtes geltenden Normen zu beurtheilen, aber nicht deshalb, weil der Proceßrichter nur die Proceßgesetze des Inlandes zu befolgen habe [95]). Vielmehr ist von dem Dasein eines streitigen Verhältnisses seine Geltung und die Art seiner Geltendmachung zu unterscheiden [96]). Unter der Geltung ist auch die Klagbarkeit begriffen, welche aber nicht von Proceßnormen, sondern von den Normen des Civilrechtes abhängig ist und deshalb nach den Gesetzen des Proceßortes beurtheilt werden muß, weil der Richter keinem Verhältnisse Wirkungen beilegen kann, welche dasselbe nach den Gesetzen seines Staates nicht haben kann, entweder weil sie dasselbe für rechtlich unwirksam erklären, oder weil sie ein Verhältniß der fraglichen Art überall nicht kennen [97]). Daß ein Rechtsverhältniß nach den am Orte der Proceßführung geltenden Gesetzen klagbar ist, kann ihm aber keinen Rechtsschutz verleihen, wenn es nach den am Orte seiner Entstehung geltenden Gesetzen verboten, oder absolut nichtig, oder ein solches ist, welches durch einen sofort bei der Entstehung vorhandenen Umstand z. B. durch die exceptio SCti Vellejani unwirksam gemacht werden kann; auch muß das Rechtsverhältniß, wenn es in einem fremden Staate Anspruch auf Rechtsschutz haben soll, noch bestehen, also weder aufgehoben, noch durch einen späteren, das Geschäft selbst afficirenden Umstand, z. B. durch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen oder verglichenen Sache unwirksam geworden sein; über die Giltigkeit einer solchen Aufhebung entscheiden

---

auf die gesetzliche Weise legitimirt sind, zuzulassen, zu geschweigen, daß der Gegner, wenn er aus der ermangelnden am Orte des Proceßgerichtes giltigen Form der Proceßvollmacht einen Einwand, z. B. gegen eine ihm drohende Ungehorsamsstrafe entnehmen könnte, solchen gewiß geltend machen würde, daher selbst ein Stillschweigen des Gegners in Bezug auf die Proceßlegitimation nicht so ausgelegt werden kann, als habe er dieselbe als berichtigt angenommen.

94) Mittermaier a. a. O. S. 304—306. Z. B. die Frage, ob eine Partei minderjährig sei, wird nach den Gesetzen ihres Wohnortes beurtheilt; die Frage hingegen, unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen ein Minderjähriger vor Gericht handeln könne, lediglich nach den Gesetzen am Orte des Proceßgerichtes entschieden, wenn auch nicht nach Proceßnormen, doch nach den civilrechtlichen Normen des Ortes der Proceßführung. Brackenhöft, Erört. S. 61 flg.

95) Wie Linde, Civilpr. §. 41 annimmt.

96) Die Unterscheidung des Daseins eines streitigen Verhältnisses und seiner Geltung ist zwar unseren heutigen Ansichten nicht geläufig, dennoch aber in den Quellen des römischen Rechtes wohl begründet, indem dieselben z. B. das nudum ius Quiritium und die obligatio inanis kennen. (Gaj. Inst. Comm. I. 54. II. 40. L. 8. §. 9. D. (16. 1.) L. 8. D. (12. 5.) welche als Rechtsverhältnisse nicht gedacht werden konnten, wenn man diese nicht von ihrer Geltung unterschieden hätte. Brackenhöft, Erört. S. 61.

97) Brackenhöft a. a. O.

die Gesetze des Ortes, wo die Aufhebung geschehen ist[98]). Ob die Klagbarkeit und Realisirbarkeit des Anspruches vorhanden sei oder nicht, ist ein Umstand, der das Geschäft selbst nicht berührt[99]), und die Frage, ob durch einen solchen das Geschäft selbst nicht afficirender Umstand, z. B. die Einrede des SC. Macedonianum, der Klagenverjährung, der Compensation, der Rechtswohlthat der Competenz, dasselbe in seiner Klagbarkeit oder Realisirbarkeit beschränkt sei, ist nach den Gesetzen des Proceßortes zu entscheiden, weil es sich hierbei nicht darum handelt, was unter den Parteien Recht ist, sondern, ob, inwiefern und unter welchen Bedingungen die Gesetze des Staates, in welchem der angegangene Richter seine richterliche Thätigkeit ausübt, das, was unter den Parteien Recht ist, schützen[100]). — Was die Frage anlangt, nach welchen Gesetzen die Zulässigkeit und Beweiskraft der Beweismittel zu beurtheilen sei, so ist in folgender Weise zu entscheiden: 1) über die Form der Urkunden entscheiden die Gesetze, nach welchen die Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes beurtheilt werden muß, wenn die Urkunde wesentlich zu dem Geschäfte gehört. Die ganze Frage hängt wieder mit dem Satze locus regit actum zusammen. Eine unbedingte stillschweigende Unterwerfung der Contrahenten, welche an einem Orte ein Rechtsgeschäft eingehen, unter die Gesetze dieses Ortes vermöge der ihnen zustehenden Autonomie läßt sich nicht annehmen; denn aus dem bloßen Aufenthalte an einem Orte folgt dieser Wille der Unterwerfung noch nicht, ebensowenig wie daraus, daß die Contrahenten einen schriftlichen Privatvertrag abschließen, und so muß das Gesetz des Wohnortes des Contrahenten, welcher sich zu einer Leistung verpflichtet, auch über die Form der über den Vertrag errichteten Urkunde entscheiden, wenn nicht aus den Umständen sich ergiebt, daß man sich dem Gesetze der Errichtung habe unterwerfen wollen. Nur wenn die Contrahenten öffentliche Urkunden an einem Orte errichten, ist die Vermuthung mehr für deren Unterwerfung unter die Gesetze des Ortes, wo die Urkunde errichtet wird; doch wird die Absicht der Contrahenten, sich diesen zu unterwerfen, dann zweifelhaft, wenn das Landesgesetz der Contrahenten keine öffentliche Urkunde verlangt, weil dann die Absicht der Contrahenten auch nur darauf gerichtet sein kann, durch Errichtung einer öffentlichen Urkunde für die Folge einen vollständigen Beweis für das Geschäft zu erhalten. Es kommt dann auf folgendes an; a) schreibt das für die materielle Beurtheilung des Rechtsgeschäftes entscheidende Landesgesetz der Contrahenten für das fragliche Rechtsgeschäft keine schriftliche Form vor, so ist auch die im Auslande errichtete Urkunde einflußlos, so daß selbst ein Mangel in der Form, welche nach dem Gesetze des Ortes der Errichtung nothwendig gewesen wäre, unschädlich ist; b) verlangt das

98) Mittermaier a. a. O. S. 306, 307. Schmid, Hdbch. §. 7.
99) Mittermaier a. a. O. S. 307.
100) Mittermaier a. a. O. S. 306, 307. Schmid a. a. O.

inländische Gesetz der Contrahenten eine öffentliche Urkunde zur Giltigkeit des Rechtsgeschäftes und haben die Contrahenten im Auslande eine öffentliche Urkunde errichtet, so genügt es, wenn die Urkunde nach den am Orte der Errichtung geltenden Gesetzen alle Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde hatte. c) Ist die Absicht der Contrahenten erweislich, dem Gesetze des Ortes der Errichtung sich unterwerfen zu wollen, so hat auch das Proceßgericht die Form der errichteten Urkunden, so weit sie wesentlich waren, nach dem Gesetze des Ortes der Errichtung zu beurtheilen[101]. 2) Die Frage, inwiefern die in einem Lande geltenden Vorschriften über Zulässigkeit gewisser Beweise bei bestimmten Rechtsgeschäften in einem anderen Lande, in welchem über das Rechtsgeschäft Streit entsteht, verpflichten, ist dahin zu beantworten, daß bei der Frage über Zulässigkeit oder Beschränkung gewisser Beweismittel nur das Gesetz des Proceßgerichtes entscheidet, weil der Zweck der Beweisführung nur die Ueberzeugung des in der Sache erkennenden Richters ist, der Proceßrichter aber seine Ueberzeugung nur nach seinen einheimischen Gesetzen richten darf, weil ferner auch diese Frage über Beschränkung der Beweismittel mit der Klagbarkeit der Geschäfte und so mit dem Rechtsschutze zusammenhängt, der Proceßrichter aber nur zu prüfen hat, ob sein einheimisches Gesetz gewissen Verhältnissen Klagbarkeit und Schutz gewährt[102]. 3) In Bezug auf die Benutzung und die Aufnahme der Beweise, welche in einem Processe producirt werden, entscheiden lediglich die Gesetze des Proceßgerichtes[103]. 4) Die Beweiskraft der in einem Rechtsstreite producirten Beweismittel kann nur nach den Gesetzen des Proceßgerichtes beurtheilt werden, wofür der Grund derselbe ist, welcher vorher unter 2) angeführt wurde[104].

---

101) Mittermaier a. a. O. S. 313—315.

102) Mittermaier a. a. O. S. 315 flg. Diejenigen freilich, welche die Beweislehre zur Obligationslehre rechnen, sind anderer Meinung, indem davon ausgegangen wird, daß jeder, welcher an einem Orte einen Vertrag errichtet, auch für den dereinstigen Beweis seines Rechtes im Falle eines Streites sorgen müsse, daß aber jede Partei sich nur die Beweismittel verschaffen werde, welche nach dem Gesetze des Ortes der Errichtung gelten. Allein die Beweisführung gehört nicht zur Obligation. Jede Partei denkt wohl an die dereinstige Bewahrheitung ihres Rechtes für den Fall eines Streites; es gereicht ihr aber nicht zum Vorwurfe, wenn sie nur für jene Beweise sorgt, welche nach dem Gesetze des Ortes, wo der Rechtsstreit verhandelt wird, genügen. Die jenseitige Meinung beruht auf irriger Ausdehnung des Satzes: locus regit actum und widerlegt sich durch die Erwägung, daß ein Verzicht nicht zu vermuthen ist, daher nicht angenommen werden kann, daß ein Bürger durch zufälligen Aufenthalt an einem Orte sich strengeren Vorschriften oder größeren Beschränkungen habe unterwerfen wollen, als die Gesetze ihm auferlegen, deren Schutz er einst im Falle eines Rechtsstreites anrufen wollte. Mittermaier a. a. O.

103) Z. B. Zeugen sind lediglich nach den Gesetzen des Proceßgerichtes zu vernehmen, wenn auch das Geschäft in einem anderen Lande abgeschlossen war. Mittermaier a. a. O. S. 316.

104) Mittermaier a. a. O. S. 316.

DD. Quellen des gemeinen teutschen Civilprocesses[105]. I. Römisches Recht[105a]. Das römische Recht behauptet unter den Quellen des Civilprocesses den ersten Rang, hauptsächlich weil es die eigentliche Grundlage desselben bildet. Das kanonische Recht und die Reichsgesetze verhalten sich zu dem römischen Rechte nur wie correctorische Gesetze. Einer unbedingten Anwendung ist jedoch das ganze justinianeische Recht nicht fähig. Denn manche in der justinianeischen Rechtssammlung erhaltene Grundsätze waren schon zur Zeit der Abfassung dieser Sammlung nicht mehr anwendbar[106]; andere hängen mit der römischen Staats- und Gerichtsverfassung, wie solche zu Justinians Zeit bestand, so eng zusammen, daß sie auf andere Länder nicht übertragen werden konnten und mit der Aenderung der Staats- und Gerichtsverfassung in Wegfall kommen mußten[107]; manche haben in besonderen Ansichten und Einrichtungen der Römer ihren Grund und konnten, weil sich diese Ansichten bei anderen Völkern nicht in gleicher Weise fanden, nicht recipirt werden; nach anderen endlich standen schon zur Zeit der Reception der fremden Rechte einheimische Sitte und Gewohnheit, besondere teutsche Ansichten und Einrichtungen entgegen, welche die Reception hinderten, oder unrichtige Auffassung derselben schuf ein neues Gewohnheitsrecht und verdrängte oder veränderte so die römischen Bestimmungen. Insoweit das römische Recht durch die angegebenen Verhältnisse nicht beschränkt oder verändert ist, hat es dieselbe practische Giltigkeit im gemeinen teutschen Proceßrechte, welche es im Civilrechte hat; es ist jedoch bei der Anwendung festzuhalten, daß die Praxis den Eingang des römischen Rechtes in Teutschland vermittelte und daß es daher in dem Sinne und in der Gestaltung als Proceßquelle zur Anwendung zu bringen ist, die es durch die Praxis des Mittelalters und die Schriften der damaligen Practiker erhalten hatte[108]. Nirgends ist die historische Entwickelung nothwendiger, als

---

105) Goecker, de fontibus iuris iudiciarii civilis, quod per Germaniam obtinet. Lips. 1785. Ad. Martin, Spec. historiae studiorum et meritorum, quibus in theoria ordinis iudiciorum privatorum per Germaniam excolenda tam legislatores, quam JCti nostrates excelluerunt. Jen. 1823. Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorles. über d. gem. Civilpr., Bonn 1832, Vorrede. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Proc. Bd. I, S. 24 flg. Linde, Abhandlungen Bd. I, Vorrede S. 11 flg. Jordan, im Archiv für civil. Pr. Bd. VIII, S. 223 flg. Brackenhöft, Erört. S. 38—50. Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 8—15. Sartorius, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. f, Bd. I, S. 151—239.

105a) Sartorius a. a. O. S. 153—160.

106) Z. B. die Trennung zwischen ius und iudicium, der Unterschied zwischen magistratus und iudex.

107) Hierher gehören z. B. die Bestimmungen über die Competenz der verschiedenen Gerichtsbehörden, der eigenthümliche zu Justinians Zeiten bestehende Instanzenzug.

108) Mittermaier a. a. O. S. 24 flg. Bethmann-Hollweg, Grundriß, Vorrede S. 19.

im römischen Civilprocesse, und nur sie kann ein sicheres Ergebniß darüber geben, welche römischen Proceßnormen sich noch zur Anwendung eignen oder nicht[109]).

II. **Kanonisches Recht**[109a]). Dieses ist in doppelter Beziehung wichtig, einmal als Quelle des gemeinen Processes, als welche es insofern für denselben das römische Recht an Bedeutung überwiegt, als es auf die neueren, besonders die germanischen, Verhältnisse und Ansichten Rücksicht nahm und sich daher mehr zur Anwendung eignete; und dann als Zeugniß dafür, wie zur damaligen Zeit die Grundsätze des römischen Rechtes aufgefaßt und behandelt worden sind[110]). Selbstverständlich kommen aber die auf besonderen Verhältnissen der Geistlichkeit und der Kirche beruhenden Normen des kanonischen Rechtes, welche sich nur hierauf beziehen, nicht zur Anwendung. Am wichtigsten sind für den Proceß die drei Sammlungen der Decretalen, von jeder das zweite Buch.

III. **Reichsgesetze und gemeine Bescheide des Reichskammergerichtes**[111]). Eine teutsche Civilproceßordnung für das

109) Besonders ist die Entdeckung der Institutionen des Gajus für den römischen Civilproceß von unschätzbarem Werthe und seit ihr datirt sich eine neue Periode in der wissenschaftlichen Behandlung desselben, indem theils vortreffliche Monographien über einzelne processualische Institute, theils ziemlich ausführliche Darstellungen des römischen Processes seitdem erschienen sind.

109a) Sartorius, in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. f, Bd. I, S. 161 flg.

110) Durch das kanonische Recht wurden neue Institute im Processe ausgebildet; z. B. die Beiziehung von Anwälten, die Schriftlichkeit des Verfahrens, die Beschränkung der Oeffentlichkeit, die Begünstigung der Appellationen gegen Zwischenbescheide, die ersten Spuren der Begünstigung der Eventualmaxime, die Lehre von den proceßhindernden Einreden. Diese neuen Einrichtungen und Wendungen des Verfahrens nöthigten auch, die im römischen Rechte vorkommenden processualischen Vorschriften in einem anderen Sinne anzuwenden. Daher ist der kanonische Proceß wichtig, weil man durch ihn die Bedeutung erfährt, welche man den römischen Ausdrücken, z. B. litis contestatio, exceptio, beilegt, und die Art und Weise kennen lernt, wie man die römischen Vorschriften mit den Grundlagen des Verfahrens in Verbindung brachte, welche wir in unserem teutschen Processe antreffen. In dem Gerichtsgebrauche der geistlichen Gerichte, in den Schriften der Juristen, welche diesen Gerichtsgebrauch begründeten und entwickelten, finden sich die ersten wissenschaftlichen Arbeiten über den Civilproceß, welche die Grundlage der späteren wissenschaftlichen Forschungen bilden; zugleich lernt man dadurch die Praxis kennen, welche aus der Verbindung römischer und kanonischer Gesetze sich entwickelte und in den späteren Reichsproceß überging. Mittermaier, gem. teutscher bürgerl. Proc. Bd. I, S. 26—28. Auf die Wichtigkeit des Studiums des kanonischen Processes und des Gerichtsgebrauches der geistlichen Gerichte hat besonders aufmerksam gemacht Bethmann-Hollweg, Grundriß S. 10—15. Wichtige Notizen zur Proceßliteratur des Mittelalters liefert v. Savigny, Gesch. des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. III, S. 27, 586. Bd. V, S. 323. Vgl. auch noch Mittermaier, im Archiv für civil. Pr. Bd. XII, S. 377 flg.

111) Linde, Civilpr. §. 17—20. Mittermaier, gem. teutsche bürgerl. Proc. Bd. I, S. 28 flg. Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 10. Sartorius, in der Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. f, Bd. I, S. 163—189.

ganze Reich, welche das processualische Verfahren in Civilsachen unmittelbar in der Art und Weise, wie die peinliche Gerichtsordnung Carls V. das Verfahren in Criminalsachen ordnete, giebt es nicht; vielmehr existiren nur Reichsgerichtsproceßordnungen. In den Landesgerichten richtete man sich indessen schon frühzeitig nach dem Verfahren des Reichskammergerichtes [112]), ehe die Reichsgesetzgebung selbst thunlichste Gleichförmigkeit des Verfahrens bei den Landesgerichten mit dem bei dem Reichskammergerichte üblichen Processe anordnete [113]). Die Reichsgesetzgebung ordnete aber nicht unbedingte Gleichförmigkeit des Verfahrens bei den Landesgerichten mit dem des Reichskammergerichtes an, sondern ließ derogatorische Bestimmungen durch Landesgesetzgebung und Landespraxis zu. Insoweit jedoch dergleichen derogatorische Bestimmungen nicht vorhanden waren, wurden die Vorschriften über das Verfahren des Reichskammergerichtes zugleich Vorschriften für die Landesgerichte und eine Quelle des gemeinen teutschen Civilprocesses. Die nur subsidiäre Kraft der Reichskammergerichtsproceßordnungen beförderte zwar nicht eine durchgreifende Einheit im teutschen Civilprocesse; sie machte aber eine vielseitigere originelle Proceßbildung um so eher möglich. Ein uneingeschränkter Gebrauch der Reichsgesetze als Quelle des gemeinen teutschen Processes läßt sich aber nicht annehmen, vielmehr sind blos auf die Reichsgerichte beschränkt und auf die Landesgerichte nicht anwendbar die Bestimmungen über Verfassung der Reichsgerichte, sei es in Betreff ihrer Organisation oder ihres Personales, die Bestimmungen, welche sich auf die Reichsgerichte nur als Reichstribunale und

112) Namentlich war dies in den Obergerichten der einzelnen Länder, welche Hofgerichte oder Kammergerichte hießen, der Fall. Mittermaier, gem. teutsche bürgerl. Proc. Bd. III, S. 16 flg. besonders N. 43, 45.

113) Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 15. „Dieweil aber hierbey die höchste Nothdurft erfordert, daß in allen Kurfürstenthumen — die Unter-, Ober- und Hofgericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, und noch Mangel und Gebrechen bevor, auf's ehest förderlichst und unverhinderlich visitirt, reformirt, mit verständigen Urtheilern besetzt und in eine gute richtige, der rechten Reichs- und Kammer-Gerichts Proceß gemäße Ordnung, so viel nach eines jeden Ortes Gelegenheit immer ersprießlich sein wird, gebracht und darauf festiglich gehalten werde, damit den Unterthanen, da sie rechtlos gestellt worden seyen, Ursachen zu klagen abgeschnitten werden; so wollen wir hiemit allen und jeden Kurfürsten, Fürsten und Ständen des Reiches, und allen anderen des Reiches eingesessenen Zugethanen und Verwandten, wie die Namen haben mögen, ernstlich auferlegt und befohlen haben, solche hievor und jetzo bedachte nützliche Anordnungen ihren Unter-, Ober- und Hofgericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, und noch Mangel bevor, zum allereheſten unverhinderlich ihren und des Reiches Unterthanen selbsten zum besten anzuordnen und darinnen einigen weiteren Aufschub noch Einstellung nicht zu suchen." J. Reichsabsch. §. 137. „Es sollen auch Kurfürsten und Stände des Reiches bei ihren Untergerichten die Verordnung thun, damit, soviel möglich, bei denenselben die Norma des Kammer-Gerichtlichen Processes observiret werde; jedoch mit diesem ausdrücklichen Vorbehalt, dafern bei solchen Iudiciis ein anderer Modus eingeführt und bis dahero beständig hergebracht worden, daß es auch darbei sein ohngeändertes Verbleiben haben soll."

nur als oberste Gerichtshöfe beziehen, die reichsgesetzlichen Beschränkungen der Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte zum Vortheile der Austrägalinstanz und alle besonderen, nur auf diese Austrägalinstanz berechneten Bedingungen und Einschränkungen, die Vorschriften über die Competenz der Reichsgerichte über die Reichsstände, endlich die Eigenthümlichkeiten des Verfahrens, wodurch gerade der Reichsgerichtsproceß als ein besonderer dem gemeinen gegenüberstand[114]). Die für unser heutiges Civilproceßrecht noch giltigen Reichsproceßgesetze sind sämmtlich jünger als die Zeit, wo der Kaiser Gerichtsbarkeit ausübte. Die älteste Kammergerichtsordnung Kaiser Friedrich III. von 1471 ist veraltet. Erst die Kammergerichtsordnung Kaiser Maximilians I. von 1495 ist die Grundlage des späteren und noch giltig, soweit sie nicht durch spätere Gesetze abgeändert oder aufgehoben ist. Spätere Kammergerichtsordnungen sind von 1500, 1507, 1508, 1521, 1523, 1527, 1548. Die von 1548 ist die wichtigste; sie wurde 1555 erneuert. Ein Entwurf einer neuen Kammergerichtsordnung ist das sog. Concept der Kammergerichtsordnung von 1603, welches 1613 dem Reichstage zur Bestätigung vorgelegt wurde, solche aber nicht erlangt hat. Ungeachtet der nicht erfolgten Bestätigung wohnt diesem Concepte insoweit Giltigkeit bei, als es aus früheren Reichsgesetzen entlehnte, durch spätere Gesetze nicht aufgehobene Bestimmungen enthält. Nächst der Kammergerichtsordnung sind die Deputationsabschiede für den Proceß wichtig, unter ihnen besonders der zu Speier vom Jahre 1600. Hiernächst sind mehrere Reichsabschiede civilprocessualischen Inhaltes, unter welchen der sog. jüngste Reichsabschied von 1654 die durchgreifendsten processualischen Bestimmungen enthält. Endlich enthalten auch einzelne Reichsschlüsse und Visitationsabschiede processualische Vorschriften[115]). Neben den Reichsgesetzen sind die gemeinen Bescheide des Reichskammergerichtes zu erwähnen. Schon die Kammergerichtsordnung von 1495 §. 28 gab dem Kammergerichte die Anweisung, jedes Jahr bei Kaiser und Reich wegen Vervollständigung, Aenderung oder Erklärung der Kammergerichtsordnung die nöthigen Anträge zu stellen[116]). Später

114) Gönner, Hdbch. des gem. teutschen Proc. Bd. I, Nr. 2, §. 4—9. Schmid a. a. O. §. 10.

115) Linde a. a. O. §. 19. Sammlungen der Reichsgesetze sind Senkenberg, neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede, Frankfurt 1747. Gerstlacher, Hdbch. der teutschen Reichsgesetze, Karlsruhe 1786—1794, 11 Bde. Einen Auszug liefert Emminghaus, Corpus iuris germanici tam publici quam privati academicum, 2. Aufl., Jena 1844. Einen Auszug der processualischen Bestimmungen enthält Bergmann, Corpus iuris iudiciarii civilis germanici academicum, Hannov. 1819.

116) „Item so hernach am Kammergericht fürfiel, das ferner Vorsehung unser Ordnung, Satzung oder Declaration bedürfen wird, dasselb sollen Kammerrichter und Urtheiler jegliches Jahrs an uns, auch unser Kurfürsten, Fürsten und Versammlung, die desselben Jahrs durch sich selbst, oder ihre Anwäld zusammen kommen werden, bringen, damit wir mit Rath und Willen

wurde dies wiederholt[117]). Spätere Reichsgesetze erweiterten diesen Auftrag dahin, daß nicht blos Erklärung des Zweifelhaften, sondern das Recht einer provisorischen Gesetzgebung innerhalb gewisser Grenzen dem Kammergerichte übertragen wurde[118]). Um aller Veränderung und Ungleichheit für die Zukunft vorzubeugen, wurden im Reichsabsch. von 1570 §. 77 besondere Vorschriften gegeben[119]). Durch diese Reichsgesetze erhielt das Reichskammergericht die Befugniß, gemeine Bescheide (decreta communia) welche sich nicht blos auf Proceßsachen, sondern auf zweifelhafte Rechtsfragen jeder Art[120]) bezogen, abzufassen. Diese Befugniß des Kammergerichtes hatte aber auch ihre Grenzen.

derselben Sammlung ferner darin handeln, zu Förderung und Aufnehmung des Kammergerichtes."

117) Kammergerichtsordn. v. 1500 Tit. XXIII. „Item, was ferner Ordnung und Proceß halben des Kammergerichts nothdürfftig, und hierinn nicht geordnet und versehen ist, befehlen wir hiemit unserm Reichsregiment, mit sammt unserm Kammerrichter und Beysitzern, mit der Zeit nothdürfftiglich, ihres besten Verständniß zu ordnen, fürzunehmen, zu setzen und zu machen."

118) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXXVI. „Item, ob dieser Ordnung des Proceß halben des Kammergerichts Zweifel einfallen, oder weiter Ordnung und Fürsehung zu thun vonnöthen seyn würde, wollen Wir Kammerrichter und Beysitzer befohlen haben, jederzeit wenn es die Nothdurft erfordert, des Proceß halben, diese Ordnung ihres besten Verständniß zu declariren, zu bessern, auch weitere nothwendige Fürsehung und Ordnung fürzunehmen und zu machen, und derselbig also bis zu der jährlichen Visitation des Kaiserlichen Kammergerichts zu halten befehlen, und alsdann dieselbige samt den andern Mängeln den verordneten Commissarien und Visitatorn fürbringen, die ferner solche approbiren, oder sonst derhalben gebührlichs Einsehens thun sollen." Deputationsabschied v. 1557 §. 5. Reichsabsch. v. 1566 §. 94.

119) „Damit aber aller Veränderung und Ungleichheit künftiglich vorkommen werden möge, ordnen und befehlen Wir unserm Kammerrichter, etliche Beysitzer insonderheit zu verordnen, so die Substantialqualitates, darauf die Proceß, es sei in erster oder andern Instanz zu erkennen ..... so täglich fürkommen, zusammen tragen sollen, darnach in pleno Senatu referiren, darauf sich das Collegium eines einhelligen Brauchs und alten Styli in Fundirung unsers Kammergerichts Jurisdiction und Ertheilung der Proceß, endlich vergleichen; darneben auch diejenigen opiniones, so bey den Rechtslehren ganz streitig und aber etwan in relationibus causarum mit Approbation des ganzen Raths angenommen, mit Fleiß colligiren, solches alles in ein sonder Protocollbuch .... beschreiben lassen und in die Maynzische Canzley, durch Uns auf nechstkünftige Reichsversammlung, auf Rath und Gutachten gemeiner Stând publiciren zu lassen, schriftlich überschicken. Gleichwohl sollen Kammerrichter und Beysitzer inmittelst solcher verglichenen Punkten in decernendo processus et decidendo causas sich gemäß verhalten." Vgl. auch J. Reichsabsch. §. 34, 94, 135, 136. Visitationsabschied v. 1713 §. 14, 84.

120) Die Befugniß des Kammergerichtes, rechtliche Normen für sich aufzustellen, bezog sich auch auf solche, welche dem Civilrechte angehören. Dies ergiebt sich aus den Worten des Dep. Absch. v. 1557 §. 5. „Wo denn künftiglich einiger zweifelhaftiger Verstand in der Kammergerichtsordnung, nicht die Process, sondern andere articulos decisivos anlangend u. s. w.", auch aus dem J. Reichsabsch. §. 135, welcher in dieser Beziehung von Bestimmungen „sowohl der Proceß, als die Jura selbsten betreffend" spricht. Brackenhöft, Erört. S. 42 flg.

Allerdings giebt die Kammergerichtsordn. von 1555 Th. II, Tit. XXXVI dem Kammerrichter und Beisitzern das Recht, „des Proceß halben diese Ordnung ihres besten Verständniß zu declariren, zu bessern, auch weitere nothwendige Fürsehung und Ordnung fürzunehmen und zu machen." Allein daß das Kammergericht durch gemeine Bescheide die Kammergerichtsordnung ebensowenig wie andere Reichsgesetze abändern durfte, ergiebt sich aus dem Visitationsabschiede von 1713 §. 14[121]). Die Grenzen der Befugniß des Kammergerichtes sind dahin zu bestimmen, daß solche in dem Gebrauche der Gesetze und Rechtsanalogie und in dem Rechte bestand, die hieraus sich ergebenden Normen durch gemeine Bescheide auszusprechen und zu fixiren; auch die in der Kammergerichtsordnung ertheilte Befugniß zu „bessern", ist nur von einer Verbesserung in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze, nicht nach freiem Ermessen, zu verstehen[122]). Bei diesen Grenzen ist es nichts besonderes, daß die Beobachtung der so entstandenen Normen nicht blos bis zu deren Vorlegung an die Visitation zur Prüfung, sondern seit 1570 auch auf so lange, als sie nicht durch die Reichsgesetzgebung aufgehoben waren, vorgeschrieben war[123]); daher die Reichsversammlung eigentlich nur die Aufsichtsführung hatte. Auch bei dem Gerichtsgebrauche wäre die Thätigkeit des Kammergerichtes dieselbe gewesen, wie bei den gemeinen Bescheiden; allein das Zerfallen desselben in mehrere Senate ließ die Bildung eines verschiedenartigen Gerichtsgebrauches zu gleicher Zeit als möglich zu. Daher bezweckten die Vorschriften über diese gemeinen Bescheide, einen „einhelligen Brauch" zu bilden; die gemeinen Bescheide waren daher durch Beschluß des ganzen Gerichtes (in pleno) zu fassen; der hierdurch nicht zu erledigende Punkt bildete ein dubium camerale[124]). Decreta communia hießen diese Beschlüsse nur, wenn sie zur Nachachtung für die Parteien und deren Vertreter bekannt gemacht wurden; außerdem hießen sie senatusconsulta cameralia oder conclusa pleni, und wenn durch sie bisher schon in den Urtheilen der einzelnen Senate des Gerichtes befolgte Normen als gemeinsam festgesetzt wurden, praeiudicia cameralia[125]). Inwie-

---

121) „Da man auch bishero wahrgenommen, daß obbemeldtes Kammergericht die Ordnung und andere Reichs-Satzungen durch gemeine Bescheide je zuweilen geändert: Als wird demselben hiemit anbefohlen, diesfalls fürohin nicht weiter, als gedachte Ordnung und Reichs-Satzungen in gewisser Maaß erlauben, zu gehen." Sartorius, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. I, S. 179. Auch ist noch das in den Wahlcapitulationen Art. II, §. 5 enthaltene Versprechen der Kaiser zu bemerken, weder dem Reichshofrathe noch dem Kammergerichte die Interpretation (d. h. die authentische) der Reichssatzungen gestatten zu wollen. Sartorius a. a. O. S. 181.

122) Brackenhöft a. a. O.

123) Vgl. N. 119.

124) Stimmeneinheit war zur Abfassung eines gemeinen Bescheides nicht nöthig; es genügte Stimmenmehrheit; nur bei Stimmengleichheit entstand ein solches dubium. Brackenhöft a. a. O. S. 43, N. 10.

125) Brackenhöft a. a. O. S. 43. Sartorius a. a. O. S. 181—183.

weit die gemeinen Bescheide als Quellen des gemeinen Processes anzusehen seien, ist bestritten[125a]). Für die bei dem Kammergerichte in Processen auftretenden Parteien und deren Stellvertreter waren sie unbedingt bindend. Als ein gemeines Recht für Teutschland bildend sind sie nicht anzusehen. Denn nicht einmal die Reichsgesetze waren für die Territorien absolut verbindlich; die Reichsgesetze wollen auch die gemeinen Bescheide nur vom Kammergerichte beobachtet wissen; der Zweck der ausnahmsweise gestatteten Befugniß zu deren Errichtung war Herstellung einer gleichförmigen Cameraljustiz. Die gemeinen Bescheide wurden in den Territorien nicht officiell publicirt, konnten also die Landesgerichte nicht verbinden. Auch haben sehr häufig die obersten Landesgerichte durch Erlassung eigener gemeiner Bescheide ihre Unabhängigkeit dargethan und behauptet. Die Rheinbundesacte vom 12. Juli 1806 Art. 2 erklärte zwar die Reichsgesetze für nichtig; abgesehen aber davon, daß solche auf Staaten, Personen und Rechte, welche der Verfügung der damals Verbündeten nicht unterworfen waren, nicht bezogen werden konnten, sind die Reichsgesetze immer noch Quellen des gemeinen teutschen Processes geblieben, da sie der Auflösung des Reichsverbandes und jener Nichtigkeitserklärung ungeachtet vermöge des den einzelnen Landesherren zustehenden Gesetzgebungsrechtes entweder ausdrücklich als fortgeltend anerkannt oder wenigstens stillschweigend beibehalten worden sind[126]).

IV. Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse[127]). Auch diese bilden eine Quelle des gemeinen Processes. Der auf den Proceß bezüglichen Bestimmungen der Grundgesetze des Bundes sind nur wenige[128]).

125b) Siehe Sartorius a. a. O. S. 184—187, der sich dagegen erklärt. Hingegen dafür sind Linde, Abhandl. Bd. I, S. 149—151 und Civilproceß §. 20.

126) Klüber, öff. Recht des teutsch. Bundes §. 50, 51. v. Berg, Abhandl. zur Erl. der rhein. Bundesacte Bd. I, Nr. 3. Linde, Civilpr. §. 21. Schmid, Hdbch. §. 10. Sartorius a. a. O. S. 187—189. Blos von den auf die Verhältnisse der Territorien zum teutschen Reiche bezüglichen Reichsgesetzen versteht jene Nichtigkeitserklärung im Artikel 2 der Rheinbundesacte Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 2. Brackenhöft, Erört. S. 36. Sartorius a. a. O. S. 188.

127) Klüber a. a. O. §. 183 f., 214 f. Mohl, die öffentl. Rechtspflege des teutsch. Bundes, Stuttg. u. Tüb. 1822. Behr, von den rechtlichen Grenzen der Einwirkung des teutsch. Bundes auf die Verfassung, Gesetze und Rechtspflege seiner Gliederstaaten, Stuttg. 1820. Sartorius a. a. O. S. 189 flg.

128) Es gehören hierher die Bestimmungen der Bundesacte vom 8. Juni 1815 Art. 11, über die Unzulässigkeit der Selbsthilfe bei Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich und die Entscheidung dieser Streitigkeiten durch eine Austrägalinstanz, und im Art. 12 über die Bildung oberster Gerichtshöfe in den Bundesstaaten, welche solche nicht hatten, und das Recht der Parteien, bei den gemeinschaftlichen obersten Gerichten Versendung der Acten an eine auswärtige Spruchbehörde zu verlangen; sowie mehrere Bestimmungen der Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820. Besondere Vorschriften sind über das in Streitig-

Die Bundesbeschlüsse erhalten in den einzelnen Staaten erst dadurch verbindliche Kraft, daß die gesetzgebende Gewalt sie in der gehörigen Weise erläßt und publicirt.

V. Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch[129]). Der Gerichtsgebrauch ist entweder ein formeller, welcher sich auf das gerichtliche Verfahren und theils auf die Proceßhandlungen, theils auf die Form ihrer Vornahme bezieht, oder materieller, welcher sich auf das materielle Recht, die eigentlichen Entscheidungsnormen, bezieht (Rechts- oder Urthelsgebrauch, Präjudizien). Eine wirkliche gesetzliche Kraft des Gerichtsgebrauches läßt sich nicht annehmen; denn kein Richter ist an denselben gebunden, wenn er nach seiner Ueberzeugung eine richtigere Meinung gefunden zu haben glaubt. Nur wenn ein allgemeiner Gerichtsgebrauch erweislich ist, welcher aber die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes haben muß, wohnt demselben auch gleiche Kraft wie dem Gewohnheitsrechte bei. Selbst der Gerichtsgebrauch der Obergerichte ist nicht bindend für die Untergerichte. Diese thun zwar besser, wenn sie eine vom Obergerichte angenommene Meinung auch bei ihren Entscheidungen befolgen, weil sie sonst die Parteien zur Einwendung von Rechtsmitteln und unnöthigem Aufwande nöthigen; allein da sie in ihrer rechtlichen Ueberzeugung eben so unabhängig sind, wie die Obergerichte, so verträgt sich eine Pflicht derselben zur Befolgung der von dem Obergerichte angenommenen Meinung nicht mit dieser ihrer Unabhängigkeit. Es kann eine Ausnahme davon nur dann stattfinden, wenn dem Obergerichte gesetzlich die Befugniß zusteht, seine Ansicht durch gemeine Bescheide auszusprechen und solche zur Nach-

---

keiten der Bundesglieder unter sich zu beobachtende Verfahren vorhanden. Bundesacte Art. 11. Austrägalordnung vom 16. Juni 1817. Wiener Schlußacte Art. 18—24. Bundesschluß das Austrägalverfahren betreffend v. 3. August 1820. Executionsordnung vom 3. August 1820. Vgl. v. Dalwigk, die Austrägalinstanz, zur Erläut. des Art. 11 der Bundesacte, Mainz 1817. v. Leonhardi, das Austrägalverfahren, Frankf. 1838.

129) Haus, Versuch über den Werth des Gerichtsgebrauches, 1798. Gesterding, im Arch. f. civil. Pr. Bd. III, S. 259 flg. und Nachforschungen Bd. V, S. 97 flg. Jordan, im Archiv Bd. VIII, S. 191—260. Hagemann, pract. Erört. Bd. VII, S. 119 flg. Zimmern, röm. Rechtsgeschichte Bd. I, §. 15. Seuffert, Erört. Bd. I, S. 31 flg. Müller, civil. Abhdl. Nr. 5. Puchta, das Gewohnheitsrecht, Erlangen 1828, 2 Bde. v. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, §. 12. Mittermaier, im Arch. f. civil. Pr. Bd. VI, S. 342. Wächter, ebd. Bd. XXIII, S. 432. Busch, ebd. Bd. XXI, S. 207. Bd. XXVII, S. 197. Sartorius, ebd. Bd. XXVII, S. 81, und in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. f, Bd. I, S. 191. Brackenhöft, Erört. S. 44 flg. Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 12. Vgl. auch Rechtslexikon unter dem Artikel Gewohnheitsrecht, wobei auch des Gerichtsgebrauches Erwähnung geschieht, der Kürze halber bezieht man sich auf jenen Artikel. Insbesondre ist noch wichtig, was Sartorius in der Zeitschrift für Civilr. und Pr. N. F. Bd. I, S. 192—222 über den Werth des Juristenrechtes sagt.

achtung für die Untergerichte bekannt zu machen[130]). Der Gerichtsgebrauch ist eine der ergiebigsten Quellen des Proceßrechtes.

VI. Analogie[131]). Die Analogie besteht darin, daß der Ausleger, unter der Voraussetzung der inneren Consequenz des Rechtes, den juristischen Grund einer Rechtsdisposition (ratio iuris) d. h. die wesentlichen und daher die Rechtsdisposition motivirenden Voraussetzungen des Gesetzes ausmittelt und das Gesetz auf anscheinend nicht normirte, aber der vorhandenen Vorschrift wegen Daseins desselben juristischen Grundes zu unterwerfende Fälle (ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio) bezieht[132]). Die Rechtsfindung durch Analogie kommt in zwei Stufen vor; erstlich, wenn ein neues, bisher unbekanntes Rechtsverhältniß erscheint, für welches ein Rechtsinstitut als Urbild in dem bisher ausgebildeten positiven Rechte nicht vorhanden ist, welchenfalls ein solches urbildliches Rechtsinstitut nach dem Gesetze innerer Verwandtschaft mit schon bekannten neu gestaltet wird; und zweitens, was der häufigere Fall ist, wenn in einem schon bekannten Rechtsinstitute eine einzelne Rechtsfrage neu entsteht, welchenfalls solche nach der inneren Verwandtschaft der diesem Institute angehörigen Rechtssätze zu beantworten ist, zu welchem Behuf die richtige Einsicht in die Gründe der einzelnen Gesetze sehr wichtig ist[133]). Man kann eine engere und weitere Analogie unterscheiden (Gesetzanalogie und Rechtsanalogie). Die Gesetzanalogie besteht in der Beziehung der Rechtsbestimmung eines einzelnen Gesetzes auf einen nicht in dem Wortsinne desselben enthaltenen Fall, welcher aber ein Merkmal hat, welches der wirkliche Grund der rechtlichen Disposition dieses Gesetzes ist. Die Rechtsanalogie ist eine Interpretation, welche die speciellen charakteristischen Merkmale verschiedener Rechtsgberiffe als unwesentlich nicht beachtet, die ihnen gemeinsame Rechtswirkung als die Folge eines ihnen allen gemeinsamen Merkmales betrachtet und sie dann auf solche Fälle bezieht, welche zwar nicht jene speciellen, wohl aber dieses gemeinsame Merkmal an sich tragen. Die Gesetzanalogie erfaßt den Geist eines einzelnen Gesetzes, die Rechtsanalogie operirt nach dem Geiste des Rechtes und der Gesetzgebung im großen[134]). Die analogische Anwendung ist unstatthaft bei solchen Rechtssätzen, welche selbst die Natur einer Ausnahme von

130) Diese Befugniß haben z. B. das königl. sächs. Oberappellationsgericht zu Dresden (Osterloh, ordentl. bürgerl. Proc. §. 151) und das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zu Jena. Jenaische Oberappellationsgerichtsordn. v. 8. Oct. 1816 §. 95, 96, 98, Nr. 3. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 8.

131) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung §. 16 flg. Jordan, im Archiv f. civil. Pr. Bd. VIII, S. 223 flg. Kierulff, Theorie S. 29 flg. v. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, §. 46. Schmid, Hdbch. d. Civilpr. §. 13. Sartorius, in der Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F, Bd. I, S. 222 flg.

132) L. 12. 27. 32. pr. D. (1. 3.)

133) Savigny a. a. O. S. 291.

134) Kierulff a. a. O. S. 30, 31.

der Regel haben; sie ist schon deshalb in einem solchen Falle zu verwerfen, weil deren Grundbedingung, der Mangel einer Regel, nicht vorhanden sein wird. Daher bleiben bei theilweiser Aufhebung eines Gesetzes durch ein neues die nicht aufgehobenen Theile des früheren Gesetzes als Regel für die in dem abändernden Gesetze nicht erwähnten Fälle bestehen; eine Ausdehnung der Aufhebung hierauf ist nicht Analogie, weil es dafür an einer Regel fehlt, sondern eine ausdehnende, aber willkürliche, grundlose Auslegung. Ebenso sind eigentliche Privilegien analogischer Erweiterung unfähig, weil es neben ihnen an der eigentlichen Rechtsregel nicht fehlt. Auch iura singularia dürfen nicht analogisch über ihre unmittelbaren Grenzen erweitert werden, indem auch da eine Regel schon da ist, welche durch die Erweiterung nur gestört werden würde; selbst zur Entscheidung einer ähnlichen unentschiedenen Rechtsfrage darf man ein solches anomalisches Recht nicht benutzen, sondern man muß dazu einen verwandten Satz des regelmäßigen Rechtes aufsuchen[135]).

VII. Natur der Sache[136]). Das Naturrecht giebt für den Civilproceß, welcher ein rein positives Institut ist, keine Normen; allein die Natur der Sache d. h. der Inbegriff der in einem bestehenden Rechtsinstitute begriffsmäßig und wesentlich enthaltenen Bestandtheile, und die aus ihr sich ergebenden Grundsätze sind allerdings eine Quelle des Proceßrechtes. Die aus der Natur der Sache durch logische Schlußfolgerung sich ergebenden Grundsätze sind eben so giltig, wie ihre Quelle selbst, weil sie schon in jenen wesentlichen Bestandtheilen des Institutes enthalten sind[137]).

VIII. Andere Quellen[138]). 1) Billigkeit. Bei der Frage, ob die Billigkeit zu den Rechtsquellen zu zählen sei, ist zuvörderst folgendes auszuscheiden. a) Wirkliche Nutzanwendungen von Grund-

---

135) Savigny a. a. O. S. 293 flg. Kierulff a. a. O. S. 33 flg.

136) v. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 11. v. Almendingen, Metaphysik des Civilproc. S. 8 flg. Morstadt, Materialkritik Nr. XI, S. 50—52. Jordan, im Archiv f. civil. Pr. Bd. VIII, S. 226—229. v. Savigny, Syst. d. h. röm. Rechtes Bd. I, S. 55, 290. Brackenhöft, Erört. S. 48—50. Sartorius, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. f, S. 226—228.

137) Schmid, Hdbch. §. 14. Dagegen leugnet Sartorius a. a. O. daß die Natur der Sache eine Quelle des Proceßrechtes und überhaupt des Rechtes sei. Er findet, wenn man die Natur der Sache auf die Auslegung bezieht, nur in dem Inhalte der ausgelegten Norm die Quelle, in den Ergebnissen der auf jenen Inhalt gerichteten Auslegung aber nur theoretische Juristensätze, die des quellenmäßigen Ansehens entbehren; sowie er, wenn man unter Natur der Sache das mit practischer Consequenz aus einem positiven Rechtsinstitute Hervorgehende versteht, weil dadurch Vermittelung des Quelleninhaltes mit dem Rechtsleben erzielt wird, in der Natur der Sache in diesem Sinne practische Juristensätze findet, die ebenfalls nicht als Quellen gelten könnten.

138) Sartorius a. a. O. S. 228—237. Ueber die Billigkeit besonders Elvers, theor. pract. Erört. aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, Göttingen 1827, S. 1—49.

sätzen der Billigkeit, wenn jene bereits zu Gesetzen erhoben (aequitas scripta) oder sonst durch Gerichtsgebrauch, Präjudizien, authentische Auslegung, oder je nach Umständen durch Eingreifen des Gesetzgebers Normen mit gesetzlicher Kraft geworden sind, gehören zu den Gesetzen oder zu dem Gewohnheitsrechte und sind als Bestandtheile davon wahre Quellen; b) insofern die Billigkeit, nach Neigung oder freiem Ermessen, als leitender Grundsatz bei Aufstellung von Juristensätzen gilt, gehört sie zur Methode der Wissenschaft und liegt außerhalb des Quellenkreises; c) auch wenn ausdrückliche Gesetze die Billigkeit als Regel für die Auslegung erklären, ist sie nur methodische Vorschrift für das Geschäft der Auslegung, nicht Quelle eines Rechtsspruches; Quelle ist vielmehr das ausgelegte Gesetz, aus dessen unentwickeltem Inhalte die Norm geschöpft wird. Die Billigkeit erzeugt nur dann neues Recht und ist eine wirkliche Quelle, wenn entweder das formelle Recht wegen zu auffallender materieller Verletzung ganz bei Seite gesetzt wird, oder wenn das Recht eine Lücke hat. Der Billigkeit ist eigenthümlich, daß sie von Umständen und Personen abhängig und veränderlich ist, während sonst das quellenmäßige Recht allgemein, fest, geschlossen und wenig schmiegsam ist. Der römische Gegensatz zwischen strictum ius und aequitas, der namentlich in dem Unterschiede der actiones stricti iuris und bonae fidei, der iudicia und arbitria hervortrat, hat heutzutage seinen practischen Werth verloren, sowie auch unsere Richter den Theil der Thätigkeit des Prätors nicht mehr auszuüben haben, der sich in dem Edicte, in welchem die Billigkeit sehr berücksichtigt war, kund gab. Einzelne hin und wieder vorkommende Aeußerungen des kanonischen Rechtes, welche besonders die christliche Milde im Rechtsprechen hervorheben[139], sind auf den Beruf der Kirche zur Liebe und Barmherzigkeit zu beziehen und gelten nicht vom Richteramte der Laien, für welches vielmehr andere kanonische Aussprüche genaue Beobachtung der Gesetze vorschreiben[140]. Im älteren teutschen gerichtlichen Verfahren konnte bei dem Rechtsprechen auf Billigkeit vorzugsweise Rücksicht genommen werden. Es war ein volksthümliches Recht vorhanden, die rechtsprechenden Behörden waren aus dem Volke entnommen (Schöffen), und was diese für Recht erkannten, mußte als aus der rechtlichen Ueberzeugung des Volkes selbst für hervorgegangen geachtet werden. Hierbei war natürlich der Berücksichtigung der Billigkeit, dem billigen Ermessen der rechtsprechenden Behörden freier Spielraum gelassen, um so mehr, als es sich weniger um Anwendung positiver Gesetze, als vielmehr des Gewohnheitsrechtes handelte, die Ausbildung und Erweiterung des Gewohnheitsrechtes selbst aber in der Hand der rechtsprechenden Behörden als Organe des Volkswillens lag. Seit dem Aufkommen gelehrter Richter und der Einführung der Schriftlichkeit

---

139) Can. 10—12. Dist. 45.
140) Can. 3. Dist. 4. cap. 1. 5. X. I. 2. cap. 1. X. II. 27.

des Verfahrens mußte jedoch das Rechtsprechen nach billigem Ermessen, wie es im älteren teutschen Verfahren zulässig war, verschwinden und ist auch verschwunden. Nur wo es darauf ankommt, eine bisher nicht bestimmte Quantität einer Leistung festzusetzen, ist auch im heutigen gemeinen Processe das billige Ermessen des Richters beibehalten worden, welches mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse, auf Personen und die Umstände auszuüben ist. 2) Dagegen können unter sich übereinstimmende Proceßgesetzgebungen der einzelnen teutschen Länder als Quelle des gemeinen teutschen Processes nicht angesehen werden[141]. Allerdings haben einzelne teutsche Particularproceßgesetzgebungen großen Einfluß auf den gemeinen Proceß geübt, namentlich hat der sächsische Proceß bis zum 18. Jahrhundert in einem quellenmäßigen Ansehen gestanden und Manches, was später im gemeinen Processe verordnet ist, findet sich schon weit früher im sächsischen Processe[142]. Der Einfluß aber, den einzelne particuläre Proceßgesetzgebungen auf den gemeinen Proceß gehabt haben, gehört in die Geschichte der Entwickelung und allmäligen Ausbildung des gemeinen Processes, wobei auch der Momente, welche dazu gewirkt haben, zu gedenken ist. Stimmen auch mehrere particuläre Proceßgesetzgebungen mit einander überein, so geben sie allerdings Zeugniß dafür, daß gewisse Sätze und Institute teutsch oder in dieser oder jener Gegend Teutschlands giltig seien, und sie sind in dieser Beziehung gewiß der Berücksichtigung und Würdigung werth; allein aus der Uebereinstimmung noch so vieler Particularprocesse geht noch kein gemeiner teutscher Rechtssatz hervor[143]. Deshalb kann der Wechselproceß, ungeachtet er in so vielen teutschen Particularrechten erwähnt wird, nicht als im gemeinen teutschen Processe begründet angesehen werden. Auch der gemeinsame Ursprung einzelner Particularrechte aus dem Processe der romanischen Länder kann von dieser Regel keine Ausnahme begründen, derselbe war zwar die Quelle, aus welcher die Gesetze hervorgegangen sind; er ist aber keine Quelle für die Praxis[144], und ist nur noch als Hilfsmittel der Auslegung gebraucht worden.

---

141) Sartorius a. a. O. S. 236 flg.

142) Z. B. die Abschaffung des articulirten Verfahrens. Const. elect. Saxon. 2. P. I. v. 1572. Kursächs. Proceßordn. v. 1622 Tit. 5, §. 1 vgl. mit J. Reichsabsch. §. 34, 37, 64, 96.

143) So stimmen die Proceßgesetze der Länder sächsischen Rechtes in sehr vielen Stücken überein; gleichwohl kann man aus dieser Uebereinstimmung in zehn und mehreren Proceßgesetzen keinen gemeinen teutschen Rechtssatz entnehmen; vielmehr enthalten die sächsischen Proceßgesetze gerade viele Abweichungen vom gemeinen Processe, z. B. die Strafe des Eingeständnisses der Klage bei unterlassener Beantwortung der Klage; das allgemeine Beweisinterlocut, die Nothfrist zum Antritt des Beweises und Gegenbeweises und die damit zusammenhängende Unzulässigkeit der Anticipation des Beweises, das besondere Verfahren und Erkenntniß über die Beweismittel.

144) Sartorius a. a. O. S. 236 flg. A. M. ist Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorles. über d. Civilpr., Vorrede S. 22 flg.

IX. **Verhältniß der verschiedenen Quellen zu einander**[145]). Die Grundsätze über das Verhältniß dieser Quellen zu einander, insbesondre über die Collision der Bestandtheile des römischen Rechtes werden in der Theorie des Civilrechtes auseinandergesetzt[146]), weshalb es genügt, darauf zu verweisen. Doch sind einige der am meisten bestrittenen Fragen zu berühren. Zuvörderst muß auf dem Gebiete des Civilprocesses, wie auf dem des Civilrechtes, die Vereinigung des scheinbar Widersprechenden versucht werden[147]). Ist auf diesem Wege nicht zum Ziele zu kommen, so haben der befestigte Gerichtsgebrauch und ausgebildetes wahres Präjudizienrecht als neueste Gebilde und Verarbeitungen der früher vorhandenen Rechtsquellen den Vorzug vor den früheren Gesetzen[148]). Unter den Gesetzen kommen der Reihe nach die Bundesgesetze, die Reichsgesetze, das kanonische Recht und endlich das römische Recht zur Anwendung[149]). Die gegenseitige Rangordnung des kanonischen und römischen Rechtes ist zwar bestritten, allein für die hier angenommene Meinung entscheiden folgende Gründe. Wenn auch die Reception beider Rechte in Teutschland zu gleicher Zeit erfolgt ist, so ist doch das kanonische Recht im Verhältniß zum römischen unzweifelhaft ein correctorisches; es steht zu dem römischen im Verhältniß der Novellen und ist in dieser Eigenschaft sowohl in Bologna, als in Teutschland recipirt worden[150]). Dazu kam, daß im Mittelalter die geistliche Gewalt weit über die weltliche gestellt wurde, woraus sich der Vorzug der von den Päbsten sanctionirten Gesetzgebung von selbst ergab, was auch durch den Gerichtsgebrauch anerkannt wurde. Entscheiden diese Gründe schon im Privatrechte für den Vorzug des kanonischen Rechtes, so ist dies noch viel mehr im Civilprocesse der Fall, da die processualischen Bestimmungen des römischen Rechtes nur in der Gestaltung, welche sie durch die Praxis der geistlichen Gerichte, die wissenschaftliche Bearbeitung der damaligen Juristen und die Sanctionen der Päbste erhalten haben, recipirt worden sind und der Einfluß, den das kanonische Recht im Processe auf die Anwendung des römischen Rechtes gehabt hat, ein weit größerer ist, als im Privatrechte. Dem kanonischen Rechte gebührt selbst dann der Vorzug, wenn es aus Irrthum das römische Recht abgeändert hat[151]), weil für die bindende Kraft eines

---

145) Linde, Civilpr. §. 25, 26. Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 15. Sartorius a. a. O. S. 237—239.

146) Siehe besonders v. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, §. 43—45, S. 268—290.

147) Savigny a. a. O. S. 264.

148) Savigny a. a. O. S. 266.

149) Die Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. XXXI, §. 13. Th. III, Tit. LIV sagt ausdrücklich, daß, wo die Kammergerichtsordnung nichts bestimme, die gemeinen Rechte zur Anwendung gebracht werden sollen. S. Savigny a. a. O. S. 266.

150) Savigny a. a. O. S. 266—268.

151) Lauterbach, Colleg. theor. pract. Proleg. §. 9. nr. 18. Danz,

Gesetzes, dessen Beweggründe ohne Einfluß sind, und ein zum Gesetz erhobener Irrthum dennoch formelles Recht bildet[152]). Die Regel, daß das kanonische Recht dem römischen vorgehe, leidet nur dann eine Ausnahme, wenn dem letzteren vor dem ersteren bei der Reception in der Praxis der Vorzug gegeben worden ist[153]). Reichen diese Quellen nicht aus, so muß die anzuwendende Norm durch Ableitung aus der Natur der Sache oder Analogie gefunden werden. Collision der aus der Natur der Sache sich ergebenden Norm und der Analogie ist nicht möglich; denn die Ableitung aus der Natur der Sache geht stets der Analogie, und bei letzterer wieder die Gesetzesanalogie der Rechtsanalogie vor, deshalb, weil der Wille des Gesetzgebers bei dem Mangel eines bestimmten Gesetzes vom Ausleger um so gewisser erkannt worden ist, je bestimmter, sicherer und näher der Schluß aus der vorhandenen Gesetzgebung ist. Die Analogie ist übrigens erst dann anwendbar, wenn die Gesetze nichts enthalten, worunter selbst der Fall begriffen ist, wenn in dem auf unsere Verhältnisse anwendbaren und recipirten Theile die fremden Rechte schweigen[154]). Bei vorhandenem Bedürfniß der Analogie hat die des einheimischen Rechtes den Vorzug vor der des fremden. Der Billigkeit endlich läßt sich keine bestimmte Stelle anweisen; sie ist da anwendbar, wo für die Anwendung die eigenthümlichen Bedingungen gegeben sind[155]).

EE. Hilfsmittel[156]). Die allgemeinen Hilfsmittel zur Erlernung der Rechtswissenschaft sind als bekannt hier nicht besonders zu erwähnen. Unter den besonderen Hilfsmitteln sind zu bemerken: 1) der ältere römische[157]), kanonische[158]) und teutsche[159]) Civilproceß. Das

---

Grundſ. des ordentl. Proc. §. 13, N. f. Schmid, Hdbch. §. 15. Sartorius a. a. O. S. 239. A. M. ist Wenig-Ingenheim, Civilrecht §. 6.

152) Linde, Civilpr. §. 25. Schmid und Sartorius a. d. a. O.

153) Danz a. a. O. §. 13, N. 9. Beispiele des dem römischen Rechte bei der Reception gegebenen Vorzuges siehe bei Quistorp, Beiträge St. 4, Nr. 8. Glück, Erl. der Pand. Bd. I, S. 409 flg. Namentlich gehört hierher die im kanonischen Rechte begründete Unfähigkeit der Frauenspersonen zur Ablegung eines Zeugnisses. Can. 17. 19. C. 33. qu. 5. cap. 10. X. de (5. 5.)

154) Schmid, Hdbch. §. 15. A. M. ist Gensler, Comm. zu Martin Lehrb. §. 4, welcher die Analogie des einheimischen Rechtes der ausdrücklichen Bestimmung des fremden Rechtes vorzieht. [155) Sartorius a. a. O. S. 239.

156) Linde, Civilpr. §. 27—29. Mühlenbruch, Entw. des gemeinrechtl. Civilpr. §. 13 flg. Schmid, Hdbch. §. 17.

157) Siehe die Literatur darüber bei Linde a. a. O. §. 27, N. 2. Besonders auszuzeichnen sind Heffter, Institutionen des röm. u. teutsch. Civilpr. 1825. Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes bis auf Justinian Bd. III, 1829. Bethmann-Hollweg, Hdbch des Civilproc. 1834 Abth. I, Bd. I. Keller, der röm. Civilproc. und die Actionen 1852. Von Schriften über einzelne Arten des röm. Processes ist zu bemerken Schmid, das Interdictenverfahren der Römer, 1853.

158) Siehe die Schriften darüber bei Linde a. a. O. §. 27, N. 3. Vgl. auch den Artikel Gerichtsbarkeit, geistliche.

159) S. die Schriften darüber bei Linde a. a. O. §. 61, N.*. Schmid, Hdbch. §. 17.

römische Recht ging in der Gestaltung, die es durch wissenschaftliche Bearbeitungen und veränderte Verhältnisse erhalten hatte, in das kanonische Recht über; das Verfahren in den geistlichen Gerichten hatte viele Aehnlichkeit mit dem römischen; dagegen waren germanische Ansichten und Verhältnisse auf das kanonische Proceßrecht von Einfluß, und letzteres bestimmte die Grenzen für die Anwendung des römischen Processes. Die weltlichen Gerichte richteten sich allmälig nach dem in den geistlichen Gerichten üblichen Verfahren, weniger in Folge Einwirkens der päbstlichen Curie, als in Folge der Gründe, welche überhaupt zur Reception der fremden Rechte beigetragen haben. An die Stelle des älteren teutschen Processes trat nicht das reine römische Recht, sondern das neue Recht, welches durch Doctrin und Praxis des Mittelalters und durch die Sanctionen des kanonischen Rechtes sich aus dem römischen Rechte gebildet hatte, und auch dieses wurde bei seinem Uebergange nach Teutschland bisweilen beschränkt oder ganz abgeändert[160]. Auch die Glosse ist nicht zu vernachlässigen, weil sie bei der Reception der fremden Rechte in großem Ansehen stand und auch in den Reichsgesetzen besondere Beachtung fand[161]. 2) Die Kenntniß der Verfassung und des Verfahrens der Reichsgerichte (Reichskammergerichts- und Reichshofrathsproceß) ist deshalb nicht zu entbehren, weil den Landesgerichten und auch dem Reichshofrathe möglichste Befolgung der für das Reichskammergericht giltigen Proceßnormen zur Pflicht gemacht war (s. oben); weil ferner die Praxis des Reichshofrathes zur richtigen Erkenntniß des in der damaligen Zeit manchen Reichsgesetzen untergelegten Sinnes beiträgt; wozu kommt, daß gewisse Rechtsmittel und Proceßarten bei den Reichsgerichten entstanden sind, oder die Gestalt, welche sie noch jetzt haben, dort erhalten haben. Endlich ist jene Kenntniß nothwendig, um die Anwendung der blos auf die Reichsgerichte berechneten Vorschriften auf die Landesgerichte zu verhüten[162]. 3) Nicht minder nothwendig ist das Studium der einzelnen teutschen Particularproceßrechte für eine gründliche geschichtliche Behandlung des gemeinen teutschen Processes. Schon ehe die Reichsgesetzgebung für das Justizwesen erhebliche Thätigkeit zeigte, gab es zahlreiche Proceßgesetze für die einzelnen Länder und diese waren auf die spätere Reichs- und Landesgesetze nicht ohne Einfluß. Auch nachdem seit dem 15. und 16. Jahrhunderte die Reichsgesetzgebung eben so eifrig als erfolgreich für die bessere Gestaltung des Reichskammergerichtes und das bei diesem zu beobachtende Verfahren thätig war, blieb die Landesgesetzgebung in ihrer

160) So nehmen die älteren Reichsgesetze nicht blos Bezug auf das in Rom übliche Verfahren, sondern erwähnen auch bisweilen einer diesfallsigen Abweichung der Reichsgerichte. Z. B. Kammergerichtsordn. v. 1507 Absatz 36. Von den Terminen in erster Instanz §. 4, 7, 9, 13—16, 19. Linde a. a. O. §. 27.

161) S. die ang. Kammergerichtsordn. v. 1507.

162) Linde a. a. O. §. 28.

Thätigkeit für Verbesserung des Landesjustizwesens nicht zurück. Die Landesgerichts- und Proceßordnungen dieser Zeit haben mit den Kammergerichtsordnungen vieles gemeinsam, weil letztere unter dem Einflusse der Landesgesetze entstanden und nach der Reichsgesetzgebung wieder Vorbilder für die Landesgerichte waren (s. oben). Die späteren Landesgesetze haben manche Eigenthümlichkeiten, einmal weil die Normen für die Reichsgerichte nicht unbedingt auch auf die Landesgerichte angewendet werden konnten, und dann, weil eine unbedingte Verpflichtung der Landesgerichte, dem kammergerichtlichen Verfahren zu folgen, auch durch die Reichsgesetzgebung nicht ausgesprochen, vielmehr die Zulässigkeit besonderer Proceßnormen bei den Landesgerichten ausdrücklich anerkannt war[163]). Unter den teutschen Landesproceßgesetzen hat vorzüglich die Proceßordnung Kurfürst Johann Georg I. von Sachsen von 1622 allgemeine Anerkennung hinsichtlich ihrer Vorzüge und Trefflichkeit gefunden und ist mehrfach selbst auf die Reichsgesetzgebung von Einfluß gewesen[164]). Das von den Gesandten der Reichsstände in ihrer Heimath als bewährt Befundene wurde von ihnen in den Berathungen auf dem Reichstage geltend gemacht; daher äußerten Landes- und Reichsgesetzgebung wechselseitig Einfluß auf einander. Vorzüglich zeigt sich dies bei dem J. Reichsabsch. und dem sächsischen Proceßrechte. Unter den Landesproceßrechten sind für den gemeinen Proceß die der Länder am wichtigsten, in welchen der Appellationszug an die Reichsgerichte stattfand; allein die der übrigen Länder, deren Regenten das privilegium de non appellando hatten, haben desto mehr Eigenthümlichkeiten. Bei der Benutzung der Landesproceßrechte ist hauptsächlich zu berücksichtigen, daß der gemeine Proceß die Grundlage sämmtlicher Landesproceßgesetze bildet. Vorzüglich zeigt sich dies in der Gesetzgebung von Oesterreich, Bayern, Hannover, Würtemberg, Großherzogthum Hessen, Kurhessen, Oldenburg, Nassau, Braunschweig, Neuvorpommern, Lippe-Detmold, Lippe-Schaumburg, Waldeck, Bremen, Frankfurt und dem ostrheinischen Theile des preußischen Regierungsbezirkes Coblenz[165]). In den Ländern sächsischen Rechtes, worunter hier nicht blos diejenigen zu verstehen sind, in denen der Sachsenspiegel gilt[165a]), sind in den Proceßgesetzen die Eigenthümlichkeiten des altsächsischen Landrechtes mehr ausgeprägt und durch die Gesetzgebung selbst auf solche Länder

---

163) Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 15. J. Reichsabsch. §. 137.

164) Namentlich ist viel daraus in den J. Reichsabschied übergegangen. Es hat dies wohl weniger in einer Vorliebe der Verfasser dieses Reichsgesetzes für den sächsischen Proceß, als in den Vorzügen des letzteren seinen Grund. Ob der kursächsische Gesandte Augustin Strauch den J. Reichsabschied verfaßt habe, worin ebenfalls ein Grund der Benutzung des sächsischen Processes in jenem Reichsgesetze gefunden wird, ist selbst zweifelhaft. Linde a. a. O. §. 29, N. 6 und die dort angeführten Schriftsteller.

165) Linde a. a. O. §. 29 und N. 7—22 dazu.

165b) Heimbach, Lehrb. d. sächs. bürgerl. Processes Bd. I, §. 2.

ausgedehnt worden, in denen der Sachsenspiegel keine Giltigkeit hat[166]. Die preußische Gesetzgebung[167]) wich von den übrigen teutschen Proceßgesetzen, die auf der Verhandlungsmaxime beruhen, dadurch ab, daß in ihr die Untersuchungsmaxime vorherrschte, was zu einer eigenthümlichen Ordnung des Verfahrens führte[168]). In der neueren Zeit ist man in Preußen davon wieder zurückgekommen und geht wieder zur Verhandlungsmaxime über[169]). In anderen Ländern nähert man sich der Untersuchungsmaxime wieder[170]). Auch die französische Proceßgesetzgebung ist auf Teutschland nicht ohne Einfluß gewesen[171]). Der französische Civilproceß war in mehreren teutschen Ländern eingeführt[172]) und wurde zwar nach Auflösung des Rheinbundes und Stiftung des teutschen Bundes in denselben wieder beseitigt, hat sich aber in den teutschen bis 1814 unter unmittelbarer französischer Herrschaft stehenden Gebieten auch nach deren Wiedervereinigung mit Teutschland erhalten[173]). Der französische Proceß ist durch teutsche Gesetzgebung verbessert worden, und in einigen Staaten hat man aus ihm und dem teutschen Processe das Beste zu verbinden gesucht[174]). Jedenfalls ist die Berücksichtigung des französischen Processes schon deshalb nicht ohne Interesse, weil er in einzelnen teutschen Gebieten gilt; auch mag man in Teutschland einzelne Vorzüge, welche derselbe haben mag, anerkennen und annehmen; möge aber die den Teutschen eigenthümliche Nachäfferei des Franzosenthums nie soweit führen, daß sie unbedingt französisches Civilverfahren adoptiren, was eine um so größere Sünde gegen ihre

---

166) Linde a. a. O. §. 29, N. 23. Zu den dort angeführten sächsischen Proceßgesetzen sind neuerdings mehrere in den einzelnen Ländern hinzugekommen. Siehe darüber Heimbach, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes Bd. I, §. 7.

167) Allgem. Gerichtsordn. vom 6. Juli 1793. Ueber die Ergänzungen durch spätere Gesetzgebung und die Literatur vgl. Linde a. a. O. §. 29, N. 28.

168) Gärtner, Kritik des Untersuchungsprincipes des preußischen Civilprocesses 1832. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Proceß Bd. I, S. 36 flg., 94 flg. Vgl. den Artikel Preußen.

169) Königl. preuß. Verordnung über die Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. December 1833, vom 6. April 1839 und Instruction dazu vom 7. April 1839. Verordnung den Mandatsproceß u. s. w. betreffend vom 1. Juni 1833.

170) Es gilt dies weniger vom ordentlichen Processe, als von dem durch Landesgesetze geordneten unbestimmten summarischen Processe und von dem Verfahren in minderwichtigen und geringfügigen Rechtssachen. Belege dafür bietet Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes Bd. II, Th. I, Cap. 2. Th. II, Cap. 3.

171) Ueber die französischen Proceßgesetze und die Literatur vgl. Linde a. a. O. §. 29, N. 32.

172) Namentlich zu Zeiten des Rheinbundes in den Großherzogthümern Berg und Frankfurt, in den Herzogthümern Aremberg, Nassau und Anhalt-Köthen, im Königreiche Westphalen.

173) Z. B. in Rheinpreußen, Rheinhessen und Rheinbayern.

174) So in der großh. badischen Proceßordnung v. 1831 und dem Gesetz v. 3. August 1837. Vgl. Linde a. a. O. §. 29, N. 33, 34.

Volksthümlichkeit sein würde, als der gemeine teutsche Proceß in keiner Beziehung die Vergleichung mit dem französischen zu scheuen hat.

FF. Gegenstand des Civilprocesses. Daß der Gegenstand des Civilprocesses streitige Justizsachen sind, ist bereits oben erwähnt worden. Auch ist dort von dem Unterschiede zwischen Justizsachen und Verwaltungssachen die Rede gewesen. Hier ist auch zu erwähnen das Verhältniß der Civilproceßsachen zu den Criminalsachen und das Verhältniß einzelner Civilproceßsachen zu anderen dergleichen Sachen.

I. Verhältniß der Civilsache zur Criminalsache[175]). Mehrere Ansprüche unter denselben Personen können theils strafrechtlicher, theils criminalrechtlicher Art sein, namentlich wenn der durch ein Verbrechen Beschädigte den Gegner theils zur öffentlichen Strafe ziehen, theils zum Schadenersatz anhalten will. Der regelmäßige Gang, den die Proceßgesetzgebung im Auge hat, wäre Zuweisung des Verbrechens und seiner Untersuchung an das Criminalgericht, des Civilanspruches an das Civilgericht. So war es entschieden auch bei den Römern der Fall, so lange als der ordo iudiciorum publicorum et privatorum bestand[176]). Erst nachdem das Verfahren extra ordinem in Criminalsachen üblich und bald das alleinherrschende ward, kommt als etwas neues vor, daß der über das Verbrechen cognoscirende Beamte auch auf den aus demselben entspringenden Civilanspruch seine Untersuchung erstreckt, und die Verbindung beider wurde Regel, als auch das Civilverfahren extra ordinem immer mehr der Leitung des Beamten anheimfiel[177]). Ungeachtet der Verbindung blieb die juristische Beurtheilung beider verbundener Streitigkeiten dieselbe; für die Criminalstrafe war die Beobachtung der Voraussetzungen des Criminalverfahrens, für den Civilanspruch die der Voraussetzungen des Civilverfahrens nothwendig. Deshalb ist die Verbindung nur möglich, wenn die Voraussetzungen dafür vorhanden sind, daß beide Processe bei demselben Beamten angefangen werden können, namentlich Zuständigkeit des Beamten für beide

---

175) Böhmer, de exceptione praeiudiciali eiusque in criminalibus usu, 1793. Meister. opusc. T. II. Num. 4. Heffter, Institutionen des röm. u. teutsch. Civilpr. S. 218 flg. Desselben, Syst. des röm. und teutschen Civilproceßrechtes §. 129. Mittermaier, das teutsche Strafverfahren Bd. I, §. 6—9. Leist, de praeiudiciis in concursu causarum criminalis et civilis evenientibus, 1840. Zachariä, im Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1840, S. 395. Meier, de civilis et criminalis causae et praeiudicio, 1841. Linde, Civilpr. §. 58. Brackenhöft, Erörterungen S. 154—156. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 99—104, 374—384, 516—528. Zimmermann, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F, Bd. XI, S. 55—83.

176) Eine Ausnahme macht die bei dem crimen repetundarum vorkommende litis aestimatio, welche aber in der besonderen Natur dieses Verbrechens und der darüber ergangenen Volksschlüsse ihren Grund hat. Klenze, fragmenta Legis Serviliae cap. 18. 19. Planck a. a. O. S. 99.

177) L. 1. C. (I. 40.) L. 2. §. 4. D. (10. 1.) L. 3. C. (III. 8.)

Sachen[178]) und gleichzeitiges Anbringen beider, d. h. Anhängigmachung der einen Untersuchung vor Beendigung der anderen. Die wirkliche Gestaltung der Vereinigung hing ungeachtet des Daseins aller Voraussetzungen immer noch von dem Ermessen des Beamten ab; er konnte sie auch abschlagen[179]). Die Wirkung der Vereinigung bestand in der Ersparniß von Zeit und Mühe. Namentlich wurde dem Richter durch die Vereinigung eine doppelte Untersuchung desselben Factums erspart; insbesondre bedurfte es wenigstens nur der criminellen Feststellung der Frage, ob das Verbrechen begangen sei, weil der Gegner, wenn er auch juristisch nicht dazu verbunden war, doch diese Frage auch für die Civilsache als festgestellt anzunehmen pflegte. So war meistens die Möglichkeit gewährt, in derselben Endentscheidung über beide Processe zu entscheiden[180]). — Die früheren italienischen Juristen erklärten sich der Theorie nach gegen Verbindung des Anklage- und Civilprocesses; in der Praxis kamen aber doch Beispiele davon vor[181]). Allmälig wurde auch in der Theorie eine imploratio officii iudicis gestattet, wornach der Criminalrichter zur Entscheidung des Civilpunktes als Incidentsache befugt sein sollte. Selbst im Untersuchungsprocesse war eine solche Imploration gestattet. In Teutschland fanden auf diese Fragen die Grundsätze von der continentia causae Anwendung und es wurde sogar eine Nothwendigkeit der Vereinigung der Theorie nach behauptet. Dadurch entstand allmälig der sog. Adhäsionsproceß. Von diesem ist hier weiter nicht die Rede, da er bereits in einem besonderen Artikel und anderweit erörtert worden ist[182]). Nur das gegenseitige Verhältniß der Civilsache und der Criminalsache bedarf noch einer näheren Erwägung. Das Verhältniß beider Streitigkeiten kann ein zweifaches sein. 1) Die eine bedingt die andere, d. h. in der einen kommt ein Rechtsverhältniß ausschließlich zur Untersuchung, welches eine Voraussetzung der Entscheidung in der zweiten bildet. Dann muß die Streitigkeit regelmäßig vorangehen, welche die andere bedingt. Es sind folgende Fälle möglich: a) die Civilsache bedingt die Criminalsache[183]). Durch das ganze Mittelalter hindurch wurde die Anwendung jener Regel für diesen Fall nicht bezweifelt und dies durch den Grundsatz

---

178) Nur in solchen Fällen, wo trotz des Todes des Angeklagten noch auf Confiscation des Vermögens angetragen werden konnte, hatte nicht der Criminalrichter, sondern is, cuius de pecuniaria re cognitio est., d. h. der procurator Caesaris, zu untersuchen. Davon ist L. 6. D. (48. 1.) zu verstehen. Planck a. a. O. S. 101 flg.

179) L. 32. C. (IX. 9.)

180) L. 3. C. (III. 8.) Planck a. a. O. S. 103 flg.

181) Planck a. a. O. S. 374 flg.

182) Vgl. darüber den Artikel Adhäsionsproceß. Planck a. a. O. S. 375 flg. Heimbach, in den jurist. Abhandl. herausgegeben von Ortloff Bd. I, S. 404 flg.

183) Z. B. der Streit über das Eigenthum der gestohlenen Sache bedingt die Untersuchung wegen des Diebstahles.

ausgedrückt: bei der Concurrenz von Criminal- und Civilsachen gehe die erstere als die wichtigere (maior) vor, wenn nicht die letztere präjudiziell für die erstere sei [184]). Das in der Civilsache ergangene Urtheil muß vermöge der Rechtskraft auch in der Criminalsache gelten. Die abweichende Ansicht Einiger [185]), welche mitunter sogar Prüfung des Civilurtheiles nach den Regeln des Criminalprocesses verlangen und mithin eine Giltigkeit desselben für die Criminalsache nur dann annehmen, wenn es auf Beweise gestützt sei, welche auch im Criminalprocesse zulässig seien, ist eine mißbräuchliche Ausdehnung des sog. Inquisitionsprincipes oder Principes der materiellen Wahrheit. Die Strafgesetzgebung knüpft sich vielfach an privatrechtliche Verhältnisse an, ohne daß deren Wesen dadurch verändert wird. Muß die Strafgesetzgebung mithin die Entstehung, Veränderung und Aufhebung privatrechtlicher Verhältnisse im gewöhnlichen civilrechtlichen Wege anerkennen, so gilt dasselbe nothwendig auch von der processualischen Verfolgung. Das von dem Civilrichter innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit als Recht Erkannte muß als solches für jeden, auch den Criminalrichter und öffentlichen Ankläger gelten, weil der Civilrichter hier die richterliche Gewalt des Staates repräsentirt und diese nicht das auf der einen Seite nach gesetzlichen Formen Festgesetzte auf der anderen Seite umstoßen kann [186]). Ob jene Regel auf alle bedingende Civilsachen oder nur auf gewisse durch das Gesetz ausgezeichnete anzuwenden sei, ist ebenfalls bestritten [187]). Die Anwendung auf alle ist mit Grund nicht zu bezweifeln. Das Aufführen blos einzelner Beispiele im römischen Rechte hat seinen Grund in der casuistischen Behandlung dieses Gegenstandes in demselben, die Besorgniß, daß eine hemmende Civilsache zu oft zur Sistirung der Criminalsache führen und die Gerichtsbarkeit des Criminalrichters zur Ungebühr dadurch beschränkt werden würde, ist ungegründet, weil eine Sistirung nur dann stattfinden soll, wenn eine selbstständige Streitigkeit über ein privatrechtliches Verhältniß im Gange ist oder beginnt, welches eine Voraussetzung des Strafrechtes bildet. Es wird mithin dem Criminalrichter nicht das Recht abgesprochen, Civilpunkte incidenter zu untersuchen, selbst wenn sie Gegenstände eines eigenen Civilprocesses sein könnten, aber nicht sind. Wenn sich die Parteien auf Abläugnung des bedingenden Privatverhältnisses beschränken, nicht vor dem Civilrichter klagen und beim Criminalrichter Sistirung beantragen, so ist das Criminalgericht sogar den streitigen Civilpunkt zu untersuchen verpflichtet. Daraus folgt, theils daß diese Untersuchung in der Form des Criminalverfahrens, mithin unbedingt nach den darin geltenden Beweisregeln

184) S. die Nachweisungen bei Planck a. a. O. S. 517, N. 2.
185) S. die Literatur bei Mittermaier, Strafverf. §. 9, N. 2.
186) Planck a. a. O. S. 517 flg.
187) Mittermaier a. a. O. §. 8. Leist, diss. cit. §. 25.

geschieht, theils, daß die hieraus hervorgehende Entscheidung des Civilpunktes die Parteien nicht rechtskräftig bindet. Daher darf die unterliegende Partei den Civilrechtsstreit darüber später ungeachtet jener Entscheidung beginnen; sie wird dies aber wohl regelmäßig unterlassen, weil sie bereits im Criminalprocesse alles mögliche aufgeboten haben wird, um den Sieg zu erlangen; ebenso wird auch der siegende Theil den Civilrichter nochmals anzugehen nicht nöthig haben, weil der andere Theil vergebliche Kosten und Mühe scheut. Kurz jene Incidentuntersuchung wird wohl in den meisten Fällen den Civilstreit über denselben Punkt erledigen. Eine Ausnahme hinsichtlich dieser Incidentcivilpunkte machen gewisse civilrechtliche Verhältnisse, welche die Gesetzgebung der Willkür der Parteien gewissermaßen entzieht und einer besonderen Staatsaufsicht unterwirft, häufig einem eigenen Gerichtshofe überweist, bisweilen in einem besonderen Verfahren bei darüber entstehenden Streitigkeiten behandelt wissen will, z. B. Ehesachen. Wenn solche civilrechtliche Verhältnisse in einer Criminaluntersuchung bedingend in Frage kommen, so steht es nicht in der Willkür der Parteien, ob sie darüber am gehörigen Orte und in der geeigneten Form besonders processiren, oder den Criminalrichter incidenter untersuchen lassen wollen; vielmehr hat der Criminalrichter im Interesse der Rechtspflege, welche hier Rücksichten des Staatswohles gefährdet findet, von Amtswegen sein Verfahren zu sistiren und die Parteien zur Einleitung eines besonderen Processes vor der geeigneten Gerichtsbehörde zu verweisen. Allein auch außer diesem Falle muß die Criminaluntersuchung immer sistirt werden, wenn über das Civilrechtsverhältniß vor dem Civilrichter wirklich processirt wird[188]. b) Die Criminalsache bedingt die Civilsache, ein Fall, welcher seltener, aber doch denkbar ist[189]. Auch hier muß die Criminalsache vorausgehen. 2) Die Criminalsache und die Civilsache haben nur die Untersuchung einer thatsächlichen Frage gemein. Hier tritt entweder gar keine Sistirung ein, oder es gilt höchstens die Regel, daß der wichtigere Rechtsstreit vorangeht. Die Fälle, welche hierher gehören, sind: a) wenn aus derselben Handlung ein Strafrecht des Staates und ein Civilanspruch auf Entschädigung hervorgeht[190]; b) wenn die den Gegenstand der Criminaluntersuchung bildende Handlung ebenfalls als factische Voraussetzung einer Incidentfrage im Civilstreite zu untersuchen ist[191]. Ganz auszuscheiden sind hierbei die Fälle, wo die Criminalsache noch gar nicht begonnen ist, noch in Aussicht steht, sondern es sich lediglich darum handelt, daß in der Civilsache die angeblich ver-

---

188) Planck a. a. O. S. 518—521.

189) Z. B. jede Criminaluntersuchung, deren Ergebniß die Ehre des Staatsbürgers afficirt, schiebt den Streit über Ausübung politischer Rechte auf.

190) Z. B. aus der diebischen Wegnahme einer Sache die Bestrafung des Diebstahles und die furtiva condictio.

191) Z. B. wenn eine Urkunde im Civilprocesse producirt, von dem Gegner aber als verfälscht angefochten wird.

brecherische Handlung in ihren Civilfolgen untersucht werde. Hier ist keine Reihenfolge zweier Streitigkeiten, sondern nur Ein Civilproceß in Frage; der Civilrichter, wenn er auch keine Criminalgerichtsbarkeit hat, ist doch in einem solchen Falle zur Untersuchung der angeblich verbrecherischen Handlung befugt, weil er alle Theile derselben Sache untersuchen kann und muß. Steht nun aber auch wirklich die Criminaluntersuchung zugleich in Frage, so handelt es sich doch in derselben nicht um ein auch der Civilsache gemeinsames Rechtsverhältniß, sondern blos um eine factische Frage[192]), und deshalb kann hier davon, daß diejenige Streitigkeit vorausgehen müsse, deren Ausgang die Entscheidung einer anderen Streitigkeit bedingt, nicht die Rede sein. Die Beantwortung der Frage, welche Rücksichten der Reihenfolge für Civilsache und Criminalsache, welche nur die Untersuchung einer thatsächlichen Frage gemeinsam haben, entscheiden, wird bisweilen durch den sog. Adhäsionsproceß vermieden. Wenn aber die Verbindung beider Sachen in Einem Processe unthunlich ist oder nicht erfolgt, so entscheidet die Regel, daß der wichtigere Rechtsstreit vorausgeht, und dieser zufolge läßt man die Criminalsache, als die wichtigere, vorausgehen, was indessen nur dann statthaft ist, wenn sich mit Grund erwarten läßt, daß die Parteien dem Ergebniß des Criminalprocesses sich freiwillig anschließen werden und so die bezweckte Verminderung und Abkürzung der Processe zu erreichen möglich sei. Eine hierbei nicht entscheidende Nebenrücksicht, welche zu dem Vorgehen der Criminalsache vor der Civilsache mit veranlaßt, ist die, daß eine Abweichung des Criminalurtheiles und des Civilerkenntnisses über denselben thatsächlichen Punkt vermieden werde, weil eine solche stets einen unangenehmen Eindruck bei dem Volke machen würde. Ist dagegen ein freiwilliger Anschluß der Parteien an das Ergebniß der Criminaluntersuchung mit Grund nicht zu hoffen, so ist von jedem Eingreifen in die Reihenfolge abzusehen und der beliebigen Verhandlung beider Streitigkeiten freier Spielraum zu lassen. Nur das Ermessen des Richters giebt unter Zuziehung der Parteien nach den Umständen des einzelnen Falles die Entscheidung. Die Hoffnung aber, daß die Parteien freiwillig dem Ergebnisse der Criminaluntersuchung sich anschließen werden, beruht auf der Erwägung, daß die Criminaluntersuchung im Interesse des Staates geführt werde, unter Formen und Bedingungen des Verfahrens, welche ein der Wahrheit möglichst nahe kommendes Ergebniß erwarten lassen, daß daher die Parteien des Civilprocesses auch an das Gelingen einer von ihnen zu unternehmenden neuen Beweisführung nicht glauben werden, weil die ihnen zu Gebote

192) So wird in dem in der vorigen Note angeführten Beispiele in der Criminaluntersuchung über Fälschung nur darüber entschieden, ob das Strafrecht des Staates gegen diesen Verbrecher begründet, nicht aber, ob die Urkunde wirklich verfälscht sei. Das letztere ist hier ganz so, wie in dem Civilprocesse, blos Gegenstand der richterlichen Untersuchung, je nach deren Ergebniß über das Strafrechtsverhältniß entschieden werden soll.

stehenden Mittel regelmäßig weit geringer und unbedeutender sind, als die durch das Criminalverfahren dargebotenen[193]).

II. Verhältniß einzelner Civilproceßsachen zu anderen dergleichen Sachen: 1) Zu nicht connexen[194]). Die Reihenfolge mehrerer bei demselben Gerichte angebrachten Streitigkeiten, denen nichts, als dieses Gericht, gemeinsam ist, läßt sich nur durch die Rücksicht bestimmen, daß einer jeden zeitig die gehörige Aufmerksamkeit gewidmet werde. Wenn dieses gleichzeitig möglich ist, so bedarf es einer Reihenfolge nicht. Bei den Römern, wo sich Einer, der Magistrat, mit allen zu befassen hatte, war eine Bestimmung darüber nothwendig. Auch findet sich im römischen Rechte darüber eine sehr allgemeine, für mündliche Verhandlungen zunächst berechnete Vorschrift[195]). Genauere Vorschriften haben sich in Teutschland vorzugsweise bei den Reichsgerichten ausgebildet, weil der langsamere schriftliche Proceßgang mit seinen Weitläufigkeiten und die Masse der an die Reichsgerichte gebrachten Gegenstände nach und nach eine solche Geschäftsüberhäufung bewirkten, daß dem richterlichen Ermessen durch die Gesetzgebung nachgeholfen wurde[196]). Es wurde daher eine Anzahl sog. privilegirter oder befreiter Sachen hervorgehoben, deren Erledigung

193) Planck a. a. O. S. 521—525, welcher auch diese Ansicht als die gemeinrechtliche nachzuweisen sucht. Nach dem bisherigen gemeinrechtlichen Untersuchungsprocesse in Criminalsachen hat diese Ansicht auch nichts gegen sich, vielmehr das für sich, daß die Prüfung des Criminalrichters mit der möglichsten Sorgfalt unter Beobachtung ängstlich geordneter processualischer Formen geschieht und demnach im Inquisitionsprocesse ein der Wahrheit möglichst nahekommendes Resultat zu erwarten ist, welchem Resultate die Parteien sich anschließen werden, wenn auch eine Verbindlichkeit dazu durch Rechtskraft nicht vorhanden ist. Anders verhält es sich freilich nach dem in mehreren teutschen Staaten neuerdings eingeführten Anklageverfahren; das Resultat desselben für die Civilsache anzuerkennen, werden sich die Parteien um so weniger entschließen können, als nach vielen Particularstrafproceßordnungen sowohl die Geschworenen in Schwurgerichtsfällen, als die Gerichte in Fällen, welche nicht vor die Schwurgerichte gehören, lediglich nach ihrer Ueberzeugung, nicht nach bestimmten Beweisregeln, urtheilen. Die Momente aber, welche diese Ueberzeugung begründen, sind für die Civilsache nicht ausreichend, da für den Beweis im Civilprocesse ganz andere Regeln maßgebend sind, als für den Beweis in diesem neueren Anklageprocesse, in diesem auch eine Versäumniß an den Beweismitteln denkbar ist, welche im früheren Untersuchungsprocesse nicht vorkommen konnte. A. M. ist Zimmermann a. a. O. S. 66 flg., welcher unbedingt annimmt, daß sowohl der Civilrichter als die Parteien in einer Civilsache an das eine Strafe aussprechende Criminalurtheil ohne Unterschied zwischen Untersuchungs- oder Anklageproceß unbedingt gebunden seien und die demselben zu Grunde liegenden Thatsachen als feststehend annehmen müssen.

194) Hoffmann, de causis privilegiatis, 1777. Glück, Erl. der Pand. Bd. VI, S. 512 flg. v. Gönner, Hdbch. des gem. teutsch. Proc. Bd. I, Nr. 25, §. 4. Heffter, Civilproceßrecht §. 102 flg. Schmid, Hdbch. d. Civilpr. §. 21. Planck a. a. O. S. 164, 437 flg.

195) L. 9. §. 4. D. (1. 16.)

196) Für das Reichskammergericht ist zu vergleichen: Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. I, Tit. X, §. 2 a. E. u. §. 8. Reichsabschied v. 1566 §. 117 flg.

vor den übrigen anbefohlen wurde. Dahin gehörten 1) Spoliensachen[197]; Armensachen[198]. Doch war der Begriff der privilegirten Sachen damit nicht erschöpft[199]. Dann sollte diejenige Sache, bei welcher Gefahr auf dem Verzuge sei, den Vorzug haben, endlich die älteren vor der neueren befördert werden. Da das Reichskammergericht trotzdem nicht alle Sachen bewältigen konnte, so kam das Sollicitiren auf und es erfolgte die Anordnung, daß nur die am fleißigsten sollicitirte Sache vorzunehmen sei[200]. Bei den Landesgerichten hat man diesen Geschäftsgang nicht befolgt. Oft enthalten Landesgesetze Bestimmungen über die vorzugsweise Beförderung einer Sache vor der anderen[201]. Wo darüber nichts bestimmt ist, entscheidet im allgemeinen das richterliche Ermessen, welches nach folgenden Regeln sich zu richten hat: a) die eilige Sache ist vor der nicht eiligen, b) die ältere vor der neueren zu verhandeln. Hat dasselbe Gericht zugleich Criminal- und Civilgerichtsbarkeit, so wird 3) die Criminalsache, weil sie das öffentliche Wohl betrifft, der Civilsache vorgezogen[202].

2) Zu connexen Sachen[203]. Es lassen sich hier die Fälle unterscheiden, wenn den mehreren Streitigkeiten das Object der Rechtsverfolgung gemeinsam ist, und wenn ihnen ein Theil der rechtlichen

---

Concept der Kammergerichtsordnung Th. I, Tit. XII, §. 3—5. Visit. Abschied von 1713 §. 60, 70; für den Reichshofrath Reichshofrathsordnung von 1654 Tit. IV, §. 7—11.

197) Aus cap. 4. X. (2. 10.) läßt sich jedoch ein allgemeiner Vorzug der Spoliensachen nicht ableiten; derselbe beruht vielmehr auf der Usualauslegung der Praxis, welche in der Kammergerichtsordn. v. 1555 a. a. O. Bestätigung fand.

198) Visitationsabsch. v. 1713 §. 60.

199) Selbst die Kammergerichtsordn. a. a. O. spricht von Sachen, die außer dem Spolium, „vor den anderen vermöge der Recht privilegirt und begünstigt". Dagegen reden andere Gesetze, welche die Praxis ebenfalls hierher gezogen hat, eigentlich gar nicht von einer Beförderungscollision, sondern enthalten nur Anwendungen des in L. 21. D. (44. 1.) L. 54. D. (5. 1.) aufgestellten Grundsatzes: Per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet, auf Fälle, wo ein Einfluß der res iudicata über die causa minor schon nach juristischen Gründen nothwendig, oder wenigstens nach logischen Gründen möglich war. Dahin gehören 1) L. 1. 2. C. (III. 8.) Tit. Cod. de ord. cognit. (VII. 19.) 2) L. 35. D. (49. 14.) 3) L. 4. C. (III. 8.) 4) L. 104. D. (50. 17.) Mühlenbruch, Entw. des Civilpr. §. 52. Schmid, Hdbch. §. 21.

200) J. Reichsabsch. §. 152.

201) So bestimmen die Ernest. Altenb. und Goth. Proceßordn. P. 18, Cap. 2, §. 8, daß die ältesten Sachen, ferner diejenigen, welche Kirchen, Schulen, Wittwen, Waisen, überhaupt mitleidswürdige Personen (personae miserabiles) betreffen, vor den anderen zu fördern seien. S. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 18.

202) Planck a. a. O. S. 438.

203) Gönner, Hdbch. Bd. I, Nr. 25. Danz, ordentl. Proc. §. 50 flg. Gensler, Hdbch. nach Martin S. 73 flg. Glück, Erl. d. Pand. Bd. XI, S. 309 flg. Lotz, civil. Abhdl. V, S. 145 flg. Heffter, Civilproceßrecht §. 102, 103. Mühlenbruch, Entw. des Civilpr. §. 50—55. Linde, Civilpr. §. 54—57. Brackenhöft, Erört. S. 130 flg. Desselben, die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse, 1839. Planck,

Begründung gemeinsam ist. a) Gemeinsamkeit des Objectes der Rechtsverfolgung bei mehreren Streitigkeiten. Das mehreren Streitigkeiten gemeinschaftliche Object der Rechtsverfolgung macht eine Bestimmung der Reihenfolge in Ansehung der Hilfsvollstreckung wichtig, sei der Gegenstand eine einzelne bestimmte Sache, oder ein Inbegriff von Rechten, oder das ganze Vermögen einer Person. Das Concursverfahren, welches das ganze Vermögen einer Person betrifft, wird hier ausgeschieden, da es schon besonders behandelt worden ist[204]). Nur die Fälle, wo eine einzelne Sache, species oder universitas, das verfolgte Object mehrerer Processe ist, sind hier zu erwähnen. Sind diese unter denselben Personen anhängig, so ist eine processualische Bestimmung der Reihenfolge unnöthig. Werden aber solche unter verschiedenen Personen geführt, so ist das Verhältniß dieser mehreren Processe erst in der Executionsinstanz von Interesse, weil erst hier eine feindliche Beziehung beider entsteht, insofern derselbe Gegenstand nur Einmal geleistet werden kann. Am natürlichsten wird beiden Processen ihr Lauf bis zur Execution gelassen; auch hat die später auftretende Partei nach ausdrücklicher Bestimmung kein Recht, Sistirung des früheren Processes zu verlangen[205]). Wenn aber eine Streitigkeit wirklich bis dahin gediehen ist, daß der Gegenstand des Rechtsstreites von dem Beklagten an den Sieger verabfolgt werden soll, sei es in Folge des richterlichen Urtheiles, oder weil sich der Besitzer von dem einen Rechte des Klägers überzeugt hat, so hat das römische Recht durchgehends den Grundsatz, daß an und für sich die Herausgabe durch das noch unentschiedene Recht des Anderen nicht aufgehalten werden könne, daß daher derjenige, dessen Recht zuerst zur Anerkennung von Seiten des Besitzers gelangt, den Vorzug genießt, ohne daß auf die Behauptung eines stärkeren Rechtes Rücksicht genommen würde. Indessen ist für diesen Fall durch Cautionen gesorgt, welche bewirken, daß in dem Fortgange des zweiten Processes auch über die Frage des besseren Rechtes zwischen den beiden Klägern entschieden wird[206]). Werden beide Processe vor demselben Richter gemeinschaftlich verhandelt, welche Verbindung nur auf die Erreichung factischer Vortheile berechnet ist, so bestehen diese Grundsätze unverändert, und es konnte daher der Kläger,

---

Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrechte §. 24—34, 55—63. Hier wird die Darstellung des letztgedachten Schriftstellers vorzugsweise zum Grunde gelegt.

204) Vgl. den Art. Concurs.

205) L. 63. D. (42. 1.)

206) Die Stellen, welche diesen Grundsatz anerkennen, sind für den Fall, wenn der Beklagte das Recht beider Kläger bestreitet, L. 14 pr. D. (9. 4.) L. 10. D. (15. 1.) L. 58. D. (6. 1.) L. 57. D. (5. 3.) L. 57. D. (6. 1.); für den Fall, wenn der von Zweien in Anspruch Genommene freiwillig entweder das Recht des Einen, oder doch das Recht Eines von Beiden anerkennt, ohne vorher durch richterliches Urtheil dazu genöthigt zu sein, L. 1. §. 37. D. (16. 3.) L. 8. §. 1. D. (31.) Im letzteren Falle übernimmt der Empfänger die Defension des von Beiden Verklagten. S. Planck a. a. O. S. 164—174.

welcher eher durchdringt, Auslieferung des streitigen Objectes gegen Caution verlangen[207]). b) Gemeinsamkeit eines Theiles der rechtlichen Begründung bei mehreren Streitigkeiten. Diese Gemeinsamkeit kann vorkommen, bald so, daß dasselbe Rechtsverhältniß in zwei Processen Gegenstand der Untersuchung wird, sei es ausschließlich oder als Voraussetzung eines zweiten, bald so, daß eine sonstige thatsächliche Frage in beiden der richterlichen Beurtheilung unterstellt wird. Eigentlich müßte es jedem Kläger freistehen, seine Klage anzubringen, wenn er will, so daß er nicht gezwungen werden kann, weder bis zur Beendigung des Rechtsstreites eines Anderen, noch bis dahin zu warten, bis er selbst eine andere Klage gegen denselben oder einen anderen Gegner beendigt hat. Allein im Interesse einer guten Rechtspflege leidet die Willkür des Klägers manche Beschränkungen. Bei den Römern entschied hier das Ermessen des Magistrates unter sorgfältiger Würdigung der Umstände des einzelnen Falles, doch versuchten schon die römischen Juristen, jenem Ermessen durch aus dem häufigen Vorkommen bestimmter Verhältnisse geschöpfte Regeln zu Hilfe zu kommen. Im römischen Rechte sind hier drei Abschnitte zu unterscheiden, die Zeit des Formularprocesses, das Criminalverfahren, das spätere Verfahren. I. Zeit des Formularprocesses. Der Grundsatz, daß jeder klagen könne, wenn er wolle, wurde von dem Magistrat mitunter bei Seite gesetzt und der Rechtsstreit bis zur Erledigung eines anderen aufgeschoben. Folgende Regel war hier entscheidend: per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet[208]). Praeiudicium heißt nach dem älteren Sprachgebrauche des Cicero und Quintilian eine Entscheidung, welcher man sich anschließen kann, nicht muß; praeiudicare heißt, eine solche Entscheidung ertheilen[209]); keinesweges bedeutet praejudicium das zum Grunde liegende Rechtsverhältniß; es wird genommen als eine frühere Entscheidung, zu deren Befolgung keine Verbindlichkeit vorliegt, die aber in einem ähnlichen Falle zu befolgen rathsam ist. An diesen älteren Begriff des Wortes praeiudicium knüpfen sich zwei Rechtsinstitute an. Das ältere schon von Cicero mehrfach erwähnte ist die Rechtsregel für die Reihenfolge mehrerer Streitigkeiten: per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet, welche bedeutet, daß der Magistrat die Entscheidung einer Frage in einem unwichtigen Rechtsstreite, welche später in einem wichtigeren ebenfalls untersucht werden muß, zu verhüten suchen müsse, weil man sich sonst der Entscheidung des unwichtigeren im wichtigeren anzuschließen geneigt sein möchte; es soll vielmehr die Entscheidung des wichtigeren Rechtsstreites womöglich als praeiudicium im unwichtigeren benutzt werden können.

207) Planck a. a. O. S. 174 flg.
208) L. 54. D. (5. 1.)
209) Ascon. in Cic. divinat. cap. 4. Quintil. Inst. orat. L. 5. pr. c. 1. 2. S. Planck a. a. O. S. 179—186.

Das zweite Rechtsinstitut ist das praeiudicium als Klage, welches schon bei Cajus als vorhanden und ausgebildet vorkommt. Es ist aus der Jurisdiction des Prätors entstanden. Weil es nämlich in manchen Fällen wünschenswerth schien, im voraus Gewißheit über einen bestimmten Punkt zu erlangen[210]) und es eine bekannte Erfahrung des Prätor war, daß die iudices sehr geneigt waren, früheren Untersuchungen derselben Sache sich anzuschließen, d. h. daß die früheren Entscheidungen, in welchen etwa dasselbe Rechtsverhältniß oder dieselbe thatsächliche Frage mit zum Grunde lag, als praeiudicium für ihre jetzige benutzten, mithin der Gedanke nahe lag, das, was gewöhnlich geschah, geradezu zu veranlassen und den durch die Sitte gezeigten Weg einzuschlagen, so veranlaßte der Prätor über dergleichen Punkte besondere Untersuchungen durch iudices, deren Thätigkeit sich darauf beschränkte[211]), das Ergebniß dieser Untersuchung auszusprechen, damit nöthigenfalls später dieser Ausspruch von ihnen selbst oder von anderen iudices als praeiudicium benutzt werden könnte. Durch dieses allein auf Erlangung eines praeindicium gerichtete Verfahren wurde zugleich der Vortheil einer gründlicheren Untersuchung, als solche nur nebenbei bei Gelegenheit eines anderen Rechtsstreites ausgefallen wäre, erreicht. Wenn nun auch für die iudices der späteren Rechtsstreite keine Verbindlichkeit vorlag, diesen Ausspruch bei den ihrigen zu befolgen, so war doch, wenn sie es schon zu thun pflegten, wenn dieselbe Frage bei Gelegenheit einer anderen entschieden war, noch vielmehr zu erwarten, daß sie den Ausspruch dann befolgen würden, wenn jene Frage allein Gegenstand der früheren Untersuchung gewesen war. Bis hierher blieb praeiudicium in seinem ursprünglichen Sinne bei der Entwickelung dieser eigenthümlichen iudicia unverändert. Es erhielt aber hier in doppelter Beziehung eine Abänderung; erstlich darin, daß man dieses Verfahren der Anordnung eines eigenen iudicium zur Ertheilung einer bei späteren iudiciis zu benutzenden Entscheidung selbst wieder praeiudicium oder praeiudicialis actio nannte[212]) und es unter die Arten der gerichtlichen Verfolgung

---

210) Dazu konnten verschiedene Gründe vorliegen, entweder weil dieser Punkt ein Rechtsverhältniß betraf, welches einer großen Zahl anderer zur Grundlage dienen mußte (an aliquis liber, an libertus sit; L. 6. D. (40. 14.) — vel de partu agnoscendo; L. 1. §. ult. L. 2. L. 3 pr. §. 1—5. D. (25. 3.) §. 13. Inst. (IV. 6.) Gaj. Inst. IV. §. 44.) oder weil er eine in mehreren Streitigkeiten gleichmäßig zu untersuchende thatsächliche Frage enthielt L. 30. D. (42. 5.), oder weil die genügende Herstellung der Beweise nach Ablauf einer gewissen Zeit zu besorgen war, oder weil es für die Vermögensumstände des einzelnen Privatmannes wichtig sein konnte, schon jetzt zu erfahren, wie ein künftiger Rechtsstreit hinsichtlich dieses Punktes ausfallen werde. (Gaj. Inst. III. §. 123. IV. §. 44. Paul. Sent. recept. L. 5. Tit. 9. § 1.) Planck a. a. O. S. 187 flg., N. 15—17.

211) Daher enthielt die formula für die iudices blos eine intentio, keine condemnatio. Gaj. Inst. IV. §. 44. Theoph. Paraph. Inst. IV. 6. §. 13.

212) Daher praeiudiciis petere. L. 1. §. 2. D. (6. 1.) reddere praeiudicium. L. 3. §. 5. D. (25. 3.)

von Rechten einreihte[213]); zweitens darin, daß der Gebrauch und die Vergleichung mit den übrigen iudiciis allmälig dahin führte, der Entscheidung in einem solchen Verfahren, dafern sie ein Rechtsverhältniß betraf, ebenfalls Rechtskraft beizulegen, den Ausspruch, der sonst nur als praeiudicium ohne Verbindlichkeit zu dessen Befolgung galt, in res iudicata mit der Wirkung, ius zu schaffen, zu verwandeln[214]). Der neuere Sprachgebrauch nimmt das Wort praeiudicium und praeiudicare in einer anderen Bedeutung. Dieselbe findet sich schon zur Zeit der classischen Juristen vor. Weil nämlich der Einfluß früherer Entscheidungen derselben oder ähnlicher Fragen auf die iudices so bedeutend war, daß sich durch eine Berufung darauf der Ausgang des jetzigen Processes ziemlich sicher bestimmen ließ, was theils zum Vortheil, theils zum Nachtheil der später processirenden Parteien gereichte, immerhin aber deshalb unangenehm war, weil man sich durch frühere Proceßführung, namentlich Anderer, gebunden sah, doch aber mit Bestimmtheit nicht auf den Sieg durch frühere Entscheidungen rechnen konnte, so knüpft sich an den ursprünglichen Begriff von praeiudicium, frühere Entscheidung, welche später befolgt wird, der Gedanke des Gebundenseins, der Hemmung durch frühere Entscheidungen, welcher Begriff auch auf andere gerichtliche[215]) oder außergerichtliche[216]) Handlungen übertragen wird, wodurch sich der Handelnde gewöhnlich selbst die freie Bestimmung künftiger Handlungen entzieht. Der Sprachgebrauch hält nur den Gedanken der Hemmung, des Gebundenseins fest. Praeiudicium heißt nicht mehr die Entscheidung, welche bindet, sondern das Gebundensein selbst, und weil dieses gewöhnlich mit Unannehmlichkeiten verbunden ist, der Nachtheil[217]), welcher in dem

---

213) L. 37. pr. D. (44. 7.) Daher ist auch der Versuch zu erklären, sie unter die Eintheilung der in rem und in personam actiones zu bringen, wobei sie wegen der Abfassung ihrer intentio den in rem actiones für am meisten ähnlich geachtet wurden: praeiudiciales actiones in rem esse videntur. §. 13. Inst. IV. 6.

214) Dies geschah wenigstens in den causae status, in welchen das neue Verfahren bald das ausschließliche wurde, was längst zu Justinians Zeit entschieden war. Thalelaei adnot. ad *τοῦ κατὰ πόδας* L. 21. C. (VII. 21.) verbo *ὅμοιον ἔχειν* praeiudicium (Sch. *Θαλελαίου*. *Πάντες* Basil. ed. Heimb. T. IV. p. 776.) *Πάντες οἱ περὶ τύχης ἀγῶνας* praeiudicia *καλοῦνται*. Daß in den causae status die Entscheidung die Wirkung der res iudicata hatte, ergiebt sich aus L. 3. pr. D. (25. 3.) vgl. mit L. 25. D. (1. 5.) L. 8. §. 1. D. (2. 4.) Es führte dies folgeweise zu eigenthümlichen Anstalten gegen die nachtheiligen Folgen dieser Rechtskraft (es wurde ein iustus contradictor vorausgesetzt L. 3. D. (40. 16.) und selbst wenn derselbe vorhanden war, war Anfechtung des Erkenntnisses binnen 5 Jahren wegen Collusion zulässig L. 1. 2. D. eod.

215) L. 6. § 1. D. (11. 1. Paul. Sent. recept. V. 1. §. 4.

216) L. 1. §. 11. D. (25. 3.) L. 15. §. 4. D. (42. 1.) Paul. Sent. recept. V. 1. §. 1—4. Auch auf andere Umstände, wodurch Jemand gebunden ist, wird der Ausdruck praeiudicium später ausgedehnt. L. 19. C. Theod. (XVI. 2.) L. 134. C. Theod. (XII. 1.)

217) L. 29. D. (40. 4.): filium nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit. L. 2. C. (VII. 56.): neque emolumentum afferre neque praeiudicium

Gebundensein durch eine frühere Entscheidung oder Handlung besteht. Daher sagte man jetzt: die frühere Entscheidung oder Handlung macht (facit) ein praeiudicium, d. h. sie bewirkt, daß man hinsichtlich einer späteren gebunden ist; wogegen man früher gesagt hatte: sie ist ein praeiudicium. So wird auch praeiudicare nicht mehr von den Personen gebraucht, welche ein praeiudicium fällen, sondern von den Handlungen und Entscheidungen, welche jenes Gebundensein bewirken[218]). Den späteren Kaisern, namentlich Justinian, ist nur die Bedeutung von praeiudicium und praeiudicare bekannt[219]). Der Einfluß des neueren Sprachgebrauches auf die auf den älteren gegründeten Rechtsinstitute war gegen die Erwartung unbedeutend. Denn die Rechtsregel per minorem causam etc. behielt auch nach dem neuen Sprachgebrauche ziemlich denselben Sinn, nur etwas allgemeiner ausgedrückt, etwa dahin, daß der Magistrat dahin sehen solle, daß durch eine unwichtigere Sache eine wichtigere in ihrer Entscheidung nicht gehemmt werde. Dagegen bildete sich das praeiudicium als Klage ganz selbstständig aus und kam allmälig außer allem Zusammenhange mit den übrigen Bedeutungen des Wortes. Es kam aber dafür eine Rechtsregel zur Ausbildung, welche auf dem neueren Sprachgebrauche allein beruht und als dritte Anwendung des Wortes praeiudicium und praeiudicare zu erwähnen ist, nämlich die Regel: res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare oder nullum aliis praeiudicium facere[220]). — Die Regel: per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet: maior enim quaestio minorem causam ad se trahit[221]), will soviel sagen: die unwichtigere Sache soll der wichtigeren kein praeiudicium aufstellen, welches der Richter der letzteren befolgen möchte: denn die wichtigere Sache zieht die unbedeutendere an sich, d. h. durch die Entscheidung der wichtigeren Sache wird die unwichtigere mit entschieden, da jene Entscheidung als praeiudicium (in vielen Fällen sogar als res iudicata) vom Richter der letzteren meistens ohne weiteres angenommen wird. Als maior cognitio wird im Verhältniß zu einem anderen Streite erstens derjenige Rechtsstreit bezeichnet, der von maiores iudices, von einem höheren wichtigeren Gerichte entschieden werden muß[222]); zweitens ist

---

solent irrogare. Selten heißt praeiudicium der vortheilhafte Einfluß einer früheren Begebenheit auf eine spätere Entscheidung. L. 1. §. 13. D. (25. 3.): grande praeiudicium affert pro filio confessio patris.

218) Tit. Cod. quibus res iudicata non nocet. VII. 56. Tit. Cod. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. VII. 60. L. 1. D. (44. 2.) L. 63. D. (42. 1.) L. 7. §. 2. D. (48. 2.) L. 10. D. (1. 6.) L. 27. pr. D. (3. 3.) L. 10. C. (II. 12. (13.)) L. 4. §. 4. D. (49. 1.)

219) So Diocletian und Maximian in L. un. C. (II. 5.) L. 17. C. (III. 36.) L. 9. C. (VII. 45.) Justinian in L. 15. C. (IV. 30.) L. ult. pr. C. (V. 51.) L. 12. C. (VII. 32.) L. 5. fin. C. (VII. 39. (40.) L. 28. C. (VIII. 40. (41.) L. 36. C. (VII. 62.)

220) L. 63. D. (42. 1.) Cod. VII. 56. 60.

221) L. 54. D. (42. 1.)

222) Hierher gehört der Vorzug der hereditatis petitio vor den einzelnen

maior causa diejenige, welche ihrem inneren Werthe nach wichtiger erscheint, nämlich 1) die causa publica im Gegensatze der privata[223]; 2) Streitigkeiten über den status im Gegensatze der quaestiones nummariae[224]); 3) causa existimationis, in welcher einem Theile Infamie droht, im Gegensatze rein pecuniärer Streitigkeiten[225]); 4) die Streitigkeit, deren Gegenstand einen größeren Vermögenswerth hat, im Gegensatze derjenigen, bei welcher es sich um einen Gegenstand geringeren Werthes handelt[226]). Die Mittel, welche dem Magistrate zu Gebote standen, um den angegebenen Zweck der Regel per minorem causam etc. zu erreichen, bestanden theils in einem eigenen Eingreifen des Magistrates durch Verweigerung der Klage oder Sistirung des bereits anhängigen Processes über die minor causa, theils in Ertheilung der formula mit der praescriptio, ea res agatur, si modo praeiudicium (hereditati etc.) non fiat[227]). 1) Ergab sich sogleich durch die Verhandlung in iure vor dem Magistrate, daß die actio, welche jetzt verlangt wurde, ein praeiudicium herbeiführen werde, für eine wichtigere Streitigkeit, deren Verhandlung als nahe bevorstehend oder doch unvermeidlich anzusehen war, so verweigerte der Magistrat die Ertheilung der formula gewöhnlich ohne weiteres[228]). Da indeß lediglich das Ermessen des Magistrates hierbei entschied, so wurde bei größerer oder geringerer Bedenklichkeit eine Klage bald verweigert, bald gestattet[229]). Es konnte aber auch der Magistrat einen bereits anhängigen Proceß über die minor causa in Berücksichtigung der maior causa bis zur Entscheidung der letzteren sistiren[230]), was wohl in besonders wichtigen Fällen geschah[231]). 2) Ergab die Verhandlung in iure nicht sofort, daß durch

---

Klagen, in denen das Erbrecht ebenfalls in Frage kam, indem die Entscheidung der ersteren vor das Centumviralgericht gehörte (L. 12. pr. C. (III. 31.); dann der Vorzug der Criminalsachen vor den Civilstreitigkeiten, welche denselben Gegenstand betrafen (Cic. de inv II. 20. in Verr. III. 65.); endlich der Vorzug des kaiserlichen Gerichtshofes vor dem Gerichte des Senates (Plin. Epist. (VII. 6.) ne cognitioni Caesaris praeiudicium fieret.).

223) Darunter gehört wieder die Criminalsache im Gegensatze der Civilsache, und dann die Ansprüche des Fiscus im Verhältniß zu Privatpersonen. L. 35. D. (49. 14.)

224) L. 4. §. 1. D. (40. 15.) L. 24. §. 3. 4. D. (40. 12.)

225) L. 104. D. (50. 17.)

226) L. 4. D. (4. 1.) L 21. D. (44. 1.) Daher ist z. B. der Streit über das Eigenthum des herrschenden Grundstückes maior causa im Verhältniß zu der demselben anklebenden Wegegerechtigkeit, ebenso der Streit über das Eigenthum des Grundstückes maior causa im Verhältniß zu der Theilungsklage und der Condiction der von dem Grundstücke gezogenen Früchte. L. 16. 18. D. (44. 1.)

227) Planck a. a. O. S. 204 flg.

228) Cic. in Verr. III. 65. L. 18. D. (44. 1.) L. 7. §. 1. D. (47. 10.)

229) Es finden sich sogar entgegengesetzte Ansichten einzelner Juristen, wie des Julian und Paulus, über Zweckmäßigkeit des Aufschubes in einem Falle. L. 3. §. 8. D. (37. 10.) Paul. Sent. recept. (3. 1.)

230) L. 32. §. 10. D. (4. 8.)

231) Jedoch nicht immer. Vgl. L. 2. C. (VII. 19.)

das jetzt verlangte iudicium einem künftigen bevorstehenden wichtigeren ein nachtheiliges praeiudicium geschafft werde, auch keine Partei eine derartige Behauptung geltend machte, so ertheilte der Magistrat die formula. Wenn aber der Beklagte behauptete, es sei für eine wichtigere Sache ein praeiudicium zu fürchten, wenn man ihn auf den jetzigen Proceß sich einzulassen zwinge, der Zusammenhang aber bei dem Widerspruche des Klägers nicht sofort in iure sich klar machen, sondern vielleicht erst in der Verhandlung vor dem iudex sich herausstellen konnte, so wäre es unbillig gewesen, in das Verlangen des Beklagten nicht einzugehen, da der Streit über diese Vorsorge doch in iure nicht zu beendigen war; und diese Unbilligkeit bestand vorzüglich darin, daß der Kläger durch das jetzt verlangte geringere iudicium ein praeiudicium erlangen konnte, wodurch er denselben Beklagten demnächst in einer wichtigeren Sache zu besiegen hoffte. Der Magistrat half hier durch Beifügung einer praescriptio: ea res agatur, si modo praeiudicium (hereditati etc.) non fiat, wodurch er den iudex anwies, nach gehöriger Untersuchung der einschlagenden Verhältnisse noch nachträglich dann das iudicium fallen zu lassen, wenn durch seine Entscheidung in der Hauptsache für die wichtigere Sache ein praeiudicium entstehen würde. Ließ es der Kläger dennoch zum iudicium kommen, so mußte der iudex vor allem darauf achten, daß in keiner Weise dem wichtigeren Processe vorgegriffen wurde, und wenn dies nicht zu vermeiden war, den Proceß sistiren. Die Folge war, daß, wenn die maior causa nicht während der Amtsführung des anordnenden Magistrates, oder bei dem legitimum iudicium binnen 1 Jahr 6 Monaten angebracht und durchgeführt wurde, der Kläger seines Klagrechtes verlustig ging, weil ihm späterhin die exceptio rei in iudicium deductae entgegenstand. Zur Ertheilung der praescriptio wird, damit die Rechte des Klägers nicht zu sehr beeinträchtigt werden, zur Zeit der classischen Juristen vorausgesetzt, erstlich die Wahrscheinlichkeit, daß eine wichtigere Sache werde in iudicium deducirt werden, welcher durch die jetzige Verhandlung vorgegriffen werden könnte [232]); zweitens, daß es regelmäßig in der Hand des Klägers liege, die wichtigere Sache ebenfalls zur Sprache zu bringen. Es wäre eine Unbilligkeit gegen den Kläger, wenn er so lange warten sollte, bis es einem Dritten [233]) oder gar dem Beklagten [234]) selbst gefiele, den Streit über die wichtigere Sache vor Gericht zu verhandeln. Muß der Beklagte in der maior causa als Kläger auftreten, so kann er nur durch sofortige oder ebenfalls in einer vom Magistrate zu bestimmenden Frist zu bewirkende Anhängigmachung der maior causa Aufschub des klägerischen Anspruches bewirken [235]). Versteht er sich nicht dazu, so wird das klägerische iudicium verhandelt, auch der Punkt,

232) Wegen bloßer Möglichkeiten kann der Beklagte nicht Hinausschiebung des Rechtes des Klägers fordern. L. 13. D. (37. 10.)

233) L. 24. §. 2. D. (40. 12.) L. 4. C. (VII. 19.)

234) L. 7. D. (5. 3.)

235) L. 7. §. 1. D. (5. 3.)

welcher dem iudicium des Beklagten, welches zugleich maior causa ist, ein praeiudicium schafft. Freilich ist dem Beklagten nicht zu versagen, daß er diesen Punkt mit den Gründen, wenn auch nicht mit dem Erfolge, bestreitet, welche er bei einer selbstständigen Klage gebraucht haben würde; der Erfolg nämlich kann nie eine Verurtheilung des Klägers sein[236]). Die vorzüglichsten Anwendungen der Anstalten und namentlich der praescriptio, wodurch der Magistrat zu bewirken suchte, ne praeiudicium maiori cognitioni per minorem causam fieret, betreffen den Streit über Freiheit im Verhältniß zu anderen[237]), den Streit über Erbrecht im Verhältniß zu anderen[238]), die Criminaluntersuchung im Verhältniß zum Civilstreite über dasselbe Vergehen[239]). II. Das Criminalverfahren. Im Criminalverfahren der Römer fehlt es an einem ausgesprochenen Grundsatze der Reihenfolge. Im Verhältniß zu Criminalsachen sind zwar alle Civilsachen minores causae, auf welche also der Criminalrichter nicht zu warten braucht, darüber fehlt es aber an Nachweis, inwiefern eine Criminalsache im Verhältniß zur anderen als maior oder minor causa gegolten habe. Es muß daher als Regel gelten, daß Anklagen unbehindert sogleich verhandelt werden konnten, sobald sie angebracht waren. Ausnahmen sind nur für einzelne Fälle gemacht worden, theils durch Volksschlüsse, theils und ganz besonders durch kaiserliche Rescripte[240]). III. Das Civilverfahren der späteren Kaiserzeit[241]). Auch in dem späteren Verfahren entscheidet das Ermessen des Beamten über die Reihenfolge mehrerer Streitigkeiten. Kurz vor Justinian finden sich nur noch schwache Spuren des darüber zur Zeit der classischen Juristen geltenden Grundsatzes: per minorem causam etc.[242]); nur da wird noch auf das Vorangehen der wichtigeren Sache, nämlich der Criminalsache vor der Civilsache, Gewicht gelegt, wo beide Sachen gleichzeitig anhängig sind

236) Vgl. Planck a. a. O. S. 211 flg.

237) Planck a. a. O. S. 220—226.

238) Planck a. a. O. S. 226—230.

239) Planck a. a. O. S. 230—238.

240) Planck a. a. O. S. 239—247, der über das Einzelne zu vergleichen ist.

241) Planck a. a. O. S. 247—257.

242) So wird in den erhaltenen Constitutionen des theodosianischen und justinianeischen Codex der Grundsatz: per minorem causam etc. nie erwähnt; vielmehr wird das Wort praeiudicium und praeiudicare nur gebraucht, wo eine Anwendung der Regel: res inter alios actas aliis non praeiudicare, in Frage kommt. Es ist dies um so auffälliger, als im justinianeischen Codex in den Titeln de ordine iudiciorum und de ordine cognitionum ganz eigentlich von der Reihenfolge der Rechtsstreitigkeiten gehandelt wird. Die Vernachlässigung jener Regel hatte wohl in dem Untergange des ordo iudiciorum privatorum ihren Grund. Denn seitdem der Beamte in den meisten Fällen selbst untersuchte und entschied, fielen größtentheils die Gründe hinweg, welche in der früheren Zeit einen nachtheiligen Einfluß der Entscheidung der minder wichtigen Sache auf die wichtigere befürchten ließen. Planck a. a. O. S. 249.

und mit Grund zu erwarten ist, daß der wichtigeren die minder wichtige sich ohne weiteres anschließen und dadurch den Zeitverlust vollständig einbringen werde. Dagegen kommen eine Anzahl Anwendungen vor, welche sich auf einen anderen Grundsatz der Reihenfolge zurückführen lassen, nämlich der Grundsatz, daß die bedingende Sache der bedingten vorgehen müsse [243]). Dieser Grundsatz wurde zuerst für Criminalsachen eingeführt [244]) und später auch auf Civilsachen ausgedehnt [245]). Dies war der Stand der Sache vor Justinian und seiner Compilation. Die Compilatoren haben die angegebene Umgestaltung gebilligt und im Geiste derselben gehandelt [246]). Das Resultat der Untersuchung über Reihenfolge mehrerer Processe, welche einen Theil der rechtlichen Begründung gemeinsam haben, ist folgendes. Das Ermessen des Magistrates entscheidet über den Aufschub des einen Rechtsstreites bis zu Beendigung eines anderen. Dieses Ermessen wird durch folgende Regeln geleitet: 1) im älteren römischen Civilverfahren galt der Grund-

243) Planck a. a. O. S. 250. So sollen entschieden werden 1) der Streit über die rechtmäßige Verwandtschaft vor dem darauf gegründeten Erbansprüche. L. 2. C. (III. 8.) 2) Der Erbstreit selbst vor jedem sonstigen Anspruche an den Erblasser. L. 5. C. (IV. 16.) 3) Der Streit über die Freiheit vor den Klagen des angeblichen Sclaven gegen seinen Herrn oder gegen andere, oder auch vor den Klagen gegen ihn. L. 2—7. C. (VII. 19. L. 31. C. (VII. 16.) L. 10. C. (IX. 35.)

244) Planck a. a. O. §. 33, S. 241 flg.

245) Planck a. a. O. S. 250.

246) Den Nachweis liefert Planck a. a. O. S. 251—254. Die Compilatoren haben nämlich durch die Aufnahme mehrerer Constitutionen (sie sind angeführt bei Planck a. a. O. §. 33, 34) für Criminal- und Civilsachen den Grundsatz an die Spitze gestellt, daß die bedingende Streitigkeit vor der bedingten entschieden werden solle, welche Absicht aus der Zusammenordnung der wichtigsten Stellen in eigene Titel mit der Rubrik, de ordine iudiciorum und de ordine cognitionum hervorgeht. Dann haben die Compilatoren dem älteren Grundsatze: per minorem causam etc. eine sehr untergeordnete Stellung angewiesen und meistens nur diejenigen Stellen der alten Juristen aufgenommen, welche ihnen vorzugsweise mit der neuen Regel, daß die bedingende Streitigkeit vor der bedingten zu entscheiden sei, zu passen schienen. Dies zeigt sich unter anderen darin, daß sie in den Institutionen den Grundsatz: per minorem causam etc. gar nicht erwähnt haben. Dazu kommt, daß durch Justinians Gesetzgebung in zwei vorzüglichen Fällen seiner Anwendung dieser Grundsatz ausdrücklich aufgehoben ist. L. 12. C. (III. 31.) L. un. C. (IX. 31.) Die dessen ungeachtet in die Digesten erfolgte Aufnahme mehrerer Stellen, welche die praescriptio und des erwähnten älteren Grundsatzes der Reihenfolge enthalten, hat nur die Bedeutung, daß die dadurch herbeigeführte Reihenfolge für den einzelnen Fall den Compilatoren zweckmäßig schien und daher durch sie beibehalten werden sollte, wenn sie gleich die Regel selbst bedeutend eingeschränkt hatten. Auch haben sie meistens nur solche Stellen aufgenommen, welche zufällig nach der neuen Regel, daß die bedingende Sache vorangehen müsse, ebenfalls gleichmäßig entschieden sein würden. Dies veranlaßte auch die meisten neueren Juristen, beide Regeln für gleichbedeutend zu nehmen. Die Aufnahme des alten Grundsatzes: per minorem causam etc. in L. 54. D. (5. 1.) geschah von Seiten der Juristen Justinians wohl nur um die einzelnen Stellen in das gehörige Licht zu stellen.

saß, daß der wichtigere Rechtsstreit vor dem minder wichtigen entschieden werden solle, damit nicht letzterer dem ersteren eine Vorentscheidung aufstelle. 2) Im römischen Criminalverfahren der früheren und späteren Zeit war vorzüglich der Gedanke maßgebend, daß der bedingende Rechtsstreit vor dem bedingten zu entscheiden sei. 3) Im späteren Civilverfahren und im justinianeischen Rechte ist der erstere Grundsatz vor dem letzteren in den Hintergrund getreten. Es ist daher ebenfalls vor allem der bedingende Rechtsstreit vor dem bedingten zu entscheiden, und dann, wo es ohne besondere Beeinträchtigung des Klägers geschehen kann, der wichtigere vor dem minder wichtigen, wofür der Grund jetzt ist, weil zu hoffen ist, daß man sich im letzteren freiwillig der Entscheidung des ersteren anschließen werde. Fortbildung der Rechtsansichten im Mittelalter bis auf die neueste Zeit. An den Sätzen des römischen Rechtes ist durch Ansichten der Juristen des Mittelalters und der neueren Zeit mannigfach geändert und es sind diese Aenderungen theils durch Gesetzgebung, wie kanonisches Recht und Reichsgesetze, theils durch Gerichtsgebrauch, in das System des gemeinen Rechtes aufgenommen worden. Der organische Zusammenhang dieser Aenderungen, welche auf diesem Gebiete nur einzeln und nicht von einem durchgehends neuen vom römischen Rechte abweichenden Systeme ausgehend vorgenommen sind, mit dem Grundgedanken der einschlagenden Rechtsinstitute ist nur auf dem historischen Wege der Dogmengeschichte zu finden und zu verstehen[247]). Für den oben unter a) ge-

247) Planck a. a. O. S. 238 flg. Derselbe giebt S. 239 flg. zugleich eine allgemeine Charakteristik des ganzen Zeitraumes. Sie ist kürzlich folgende. Die Glossatoren (denn die Zeit vor dem Wiederaufleben der Rechtswissenschaft in der Rechtsschule zu Bologna bietet kein Interesse) hatten bedeutenden Einfluß auf die fernere Entwickelung der in Frage kommenden Lehren. Ein ausgebildetes System war nach der Art ihrer wissenschaftlichen Thätigkeit von ihnen nicht zu erwarten. Sie sammelten vielmehr bei einzelnen besonders wichtigen Stellen alles, was damit zusammen zu hängen schien und ordneten diesen Stoff bestmöglichst in ein System der jedesmal besprochenen Lehre. Wegen Mangels rechtsgeschichtlicher Kenntnisse und Behandlung verbanden sie aber theils ganz fremdartige Dinge, z. B. Stellen, welche von der Thätigkeit des Magistrates reden, mit solchen, welche den iudex meinen; theils sichteten sie das noch Anwendbare von dem Unpractischen und blos der Geschichte Angehörigen gar nicht, theils behandeln sie gelegentliche Aeußerungen und Andeutungen der römischen Juristen als unmittelbare gesetzliche Aussprüche. Schon in der nachfolgenden italienischen Rechtsschule zeigt sich der nachtheilige Einfluß dieser Umstände. Statt daß man sich bemüht, gewisse Grundgedanken festzustellen, an die der täglich vermehrte Stoff angeschlossen werden könnte, sucht man vielmehr einander anscheinend widersprechende Stellen auf und versucht deren Vereinigung auf möglichst vielfache Art, benutzt auch dazu die widersprechenden Meinungen der Juristen des Mittelalters selbst; man bestrebt sich ferner, aus allen Stellen, auch denen der Pandecten, allgemeine Regeln abzuleiten, welche dann durch Limitationen und Amplificationen mit anderen Stellen bestmöglichst zu vereinigen gesucht werden. Während im römischen Rechte fast alles in einem vernünftigen Ermessen des Beamten lag, über dessen Gesichtspunkte die römischen Juristen und die kaiserlichen Rescripte mancherlei Andeutungen geben, werden

dachten Fall, wenn mehrere Rechtsstreitigkeiten dasselbe Object ihrer Rechtsverfolgung haben, sind oben gedachte Grundsätze des römischen Rechtes durch die Theorie von der Principalintervention in der heutigen Doctrin und Praxis modificirt worden. Inwieweit die darüber jetzt wahrgenommenen Grundsätze richtig sind, hat Planck ausführlich untersucht[248]) und es genügt, auf dessen Ausführung verglichen mit der früheren Darstellung dieser Lehre von Jordan[249]) zu verweisen. Für den oben unter b) gedachten Fall, wenn die mehreren Rechtsstreitigkeiten eine gemeinschaftliche rechtliche Begründung haben (sog. Präjudicialsachen), sei es, daß dasselbe Rechtsverhältniß, oder dieselbe thatsächliche Frage in beiden zur Untersuchung kommt, stellt das justinianeische Recht zur Erreichung einer zweckmäßigen Reihenfolge folgende bereits oben erwähnte Regeln auf: 1) die Streitigkeit, welche ein die andere bedingendes Rechtsverhältniß betrifft, soll der bedingten vorangehen; 2) im Falle vorhandener Hoffnung, daß die vorhergehende Entscheidung in der einen namentlich wichtigeren Sache, eine Partei zum

---

diese jetzt zu allgemeinen Regeln erhoben, nur die wirklich im römischen Rechte sich findenden Ausnahmen und Erweiterungen anerkannt. Die Parteien berufen sich darauf als auf unumstößliche Rechte, so daß von einem vernünftigen Ermessen des Richters nicht mehr die Rede ist, derselbe vielmehr beinahe als Maschine erscheint. Die Beziehung der im römischen Rechte angedeuteten allgemeinen Gesichtspunkte auf das richterliche Ermessen, also auf die Umstände des einzelnen Falles, wurde gänzlich ignorirt; man nahm daher einen weit allgemeineren Anknüpfungspunkt der nunmehr daraus abgeleiteten Regeln und kam so auf gewisse im voraus bestimmte Eigenschaften der Streitsachen, woraus der processualische Einfluß von selbst hervorgehen sollte. So bildete sich allmälig der Begriff des litis consortium, der Präjudizialsachen, der connexen Sachen, und zuletzt die ganze neuere Theorie der sog. Nebensachen im Processe. Ueber die Definitionen dieser Begriffe entstanden die verschiedensten Meinungen. Das kanonische Recht wurde durch diese Ansichten der Wissenschaft, da es dem größten Theile seines Inhaltes nach noch der Glossatorenzeit angehörte, wenig berührt. In Teutschland widerstand der gesunde kräftige Lebensgeist, sowohl in den vor dem Reichskammergerichte anhängigen Rechtsstreiten, als namentlich im Gerichtsgebrauche einzelner Länder jenem Formalismus der Wissenschaft. Allein die Practiker, wenn sie gleich durch gesunden Sinn geleitet, im einzelnen Falle jene abstracten Regeln hintenan setzten, wagten doch nicht, die Regel und die ganze Art jener Ansicht als unhaltbar anzugreifen und zu verwerfen. Die Gesetzgebung des Reiches sowohl als der einzelnen teutschen Länder beschäftigt sich daher auch nur in Einzelnheiten mit den vorliegenden Lehren. In der neuesten Zeit wurde auf dem Wege der Philosophie in diese Zusammenstellungen ein organischer Zusammenhang zu bringen und das Resultat durch das Ansehen römischer Gesetze zu stützen versucht. Dabei wurde aber die Kluft zwischen dem römischen Processe und dem heutigen Zustande des Proceßrechtes unbedenklich übersprungen, daher häufig die Beweisstellen mit dem, was erwiesen werden sollte, gar nicht zusammenhängen. Auch wurden die in der Theorie fest gewurzelten Ueberbleibsel der italienischen Ansichten nicht verworfen, sondern benutzt, wenn auch nur zu Rubriken des Systems, zu welchem Behufe mitunter neue Definitionen derselben aufgestellt wurden.

248) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht §. 55, S. 439—470.

249) Vgl. den Artikel Intervention im Civilproceß.

Verzicht auf den Streit in der weniger wichtigen Sache, welche von derselben Voraussetzung abhängt, bewegen werde, kann die unwichtigere bis zur Entscheidung der wichtigeren sistirt werden. Es sind dieses Regeln für die Proceßleitung, welche der Richter, unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles, beobachten soll. Im kanonischen Rechte werden schon die Regeln für die Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten mit den Regeln für die Reihenfolge der Untersuchung verschiedener Fragen in demselben Rechtsstreite vermischt. Für den letzteren Fall hat das römische Recht fast alles dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. Wegen der im Mittelalter schon beginnenden längeren Dauer der Processe ist jeder Partei daran gelegen, vorzugsweise ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel zuerst zur Sprache zu bringen; auch rufen eigenthümliche Staatsverhältnisse, sowie die Eifersucht der geistlichen Gerichtsbarkeit auf ihre Jurisdictionsgrenzen Anordnungen über Reihenfolge der Streitpunkte eines Processes hervor. Diese Grundsätze wurden durch Gerichtsgebrauch und Gesetzgebung allmälig weiter ausgebildet [250]). Sie sind kurz folgende. Die Grundregel ist, daß die Streitpunkte nach der chronologischen Reihenfolge, in welcher sie vorgetragen werden, zu erörtern sind; daher die Klage vor der Einrede, die Einrede vor der Replik u. s. w. Neuere Modification dieser Grundregel war die, daß man mit Berufung auf die im J. Reichsabschiede vorherrschende Eventualmaxime soviel wie möglich eine gleichzeitige Verhandlung aller Streitfragen herbeizuführen suchte. Ausnahmen dieser Gründe waren: 1) die Frage wird vor allen erörtert, durch deren Untersuchung und Entscheidung möglicher Weise alle übrigen überflüssig werden; man nannte sie praeiudicialis quaestio [251]). Die Eventualmaxime hat auch hierauf Einfluß gehabt, insofern, als man es dem richterlichen Ermessen anheim giebt, ob die Instruction der übrigen Streitfragen daneben fortgehen solle oder nicht. Die teutschen Practiker erweitern den Begriff einer praeiudicialis quaestio dahin, daß darunter jede Vorfrage verstanden wird, ohne deren vorherige Erörterung die späteren Verhandlungen nicht wohl zu verstehen oder zweckmäßig einzuleiten sind; daher deren vorläufige Entscheidung verlangt wird, bis zu welcher alles übrige ruht. 2) Die quaestio spolii muß nach dem kanonischen Rechte, wenn sie als Einrede im Civilprocesse, im Criminalprocesse unter jeder Form vorgebracht ist, vor allen Dingen untersucht werden. 3) Die dilatorischen Einreden, welche die Rechtsverfolgung des Klägers betreffen, sind vor allen anderen Fragen zu untersuchen [252]). 4) Dasselbe gilt von den sog. exceptiones litis finitae, was von den dilatorischen Einreden bemerkt ist [253]). Die eben angegebenen Regeln

250) Planck a. a. O. S. 472 flg.
251) Beispiele sind in cap. 1. 3. X. (2. 7.) Cap. 5. X. (4. 17.)
252) Seit dem J. Reichsabschiede werden die meisten gleichzeitig mit der Hauptsache verhandelt.
253) Cap. 1. de lit. contest. in VI. II. 3.

sind nun mit den Regeln, welche die Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten bestimmen sollten, zusammengeworfen worden. Die in dem Codex befindliche Titelrubrik de ordine cognitionum nahm man in die Decretalensammlung hinüber; man verstand aber darunter, wie die einzelnen dieser Rubrik untergelegten Decretalen beweisen, nicht blos die Reihenfolgen mehrerer Streitigkeiten, sondern auch den Gang der Verhandlungen in einem einzelnen Rechtsstreite, gebrauchte auch umgekehrt den Ausdruck iudicii ordo für die Reihenfolge mehrerer Streitigkeiten[254]). Diese Vermischung tritt in den processualistischen Schriften jener Zeit noch deutlicher hervor[255]). In Verbindung mit dem Vorigen steht der veränderte Sprachgebrauch des Wortes praeiudicium und der davon abgeleiteten Wörter[256]). Auf dem Sprachgebrauche des neuesten römischen Rechtes, nach welchem praeiudicium den Nachtheil bedeutet, welcher darin besteht, daß man durch eine frühere Entscheidung oder Handlung gebunden ist, hat das kanonische Recht fortgebaut, so daß praeiudicium darin jeden Schaden bedeutet, welchen man durch ein früheres Ereigniß für die später vorzunehmende Verfolgung eines Rechtes erleidet[257]). Auch die Glosse beider Rechtskörper nimmt das Wort in dieser Bedeutung. Später wird praeiudicium für jeden Schaden aller Art genommen. Was die Rechtsregeln anlangt, in welchen das Wort praeiudicium vorkommt, und die veränderte Bedeutung, welche demselben darin beigelegt wird, so ist 1) die Regel: res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt, stets so verstanden worden, wie in Justinians Compilation und bei den Römern überhaupt. Schon bei den italienischen Processualisten wurde indeß aus dieser negativen Regel eine Redeweise gebildet, welche positiv das Gegentheil von jener ausdrücken soll, durch die Worte: eine Entscheidung praeiudicium facit, und durch eine solche praeiudicium fit. Die negative Regel bedeutete: rechtskräftige Entscheidungen zwischen dritten Personen machen kein praeiudicium, d. h. sie binden, hemmen nicht. Wollte man denselben Ausdruck in positiver Weise gebrauchen, so war die gewöhnliche Definition von Schaden oder Hemmung unpassend, daher man eine Definition wählte, welche der Ableitung eines Wortes entsprechend, einen Sinn für beide Redeweisen gab, und praeiudicium durch Vorentscheidung erklärte. So hieß nun die Regel: rechtskräftige Entscheidungen zwischen dritten Personen machen keine Vorentscheidung für Andere. Da man den positiven Gegensatz der Regel durch praeiudicium facit und praeiudicium fit auszudrücken meinte, so hielt man praeiudicium für eine rechtskräftig bindende Vorentscheidung, eine Erklärung, welche bis in die neueste Zeit von Einfluß geblieben ist[258]). 2) Die im

254) Cap. 3. X. (2. 7.)
255) Planck a. a. O. S. 475 flg.
256) Planck a. a. O. S. 477 flg.
257) S. die Stellen bei Planck a. a. O. S. 478, N. 2.
258) Planck a. a. O. S. 479—481.

römischen Rechte unter dem Namen praeiudicium oder praeiudicialis actio vorkommende Klage wird in der Glosse verschieden erklärt; zuletzt wird die Ansicht gebilligt, daß diese Klagen deshalb so genannt würden, weil sie vor allen anderen Streitfragen zu entscheiden wären und diese daher so lange ruhen müßten. Eine andere bereits in der Glosse sich findende Ansicht geht von der vorher angegebenen Bedeutung von praeiudicium als Vorentscheidung aus und leitet die Benennung dieser Klagen daher, weil sie gerade zu dem Zwecke angestellt würden, für alle künftige Streitfragen eine rechtskräftige Vorentscheidung über einen gewissen Punkt hervorzurufen, wobei man um so mehr stehen blieb, als man solche Klagen nur wegen des status für zulässig hielt[259]). 3) Die Schicksale des Grundsatzes und der praescriptio, ne praeiudicium fiat per minorem causam maiori cognitioni sind folgende gewesen[260]). Die Glosse versteht, um alle Stellen zu vereinigen, unter praeiudicium fieri eine nachtheilige Hemmung erleiden, was mit dem gangbaren Sprachgebrauche ziemlich übereinstimmte. Diese nachtheilige Hemmung besteht nach der Glosse bald darin, daß die maior causa in einer freien Beurtheilung gehemmt wird, bald darin, daß sie einstweilen bis zur Entscheidung der anderen ruhen muß, bald darin, daß sie geradezu durch rechtskräftige Entscheidung unmöglich gemacht wird[261]). Maiores causae sind nach der Glosse diejenigen, welche nach den in der justinianeischen Sammlung befindlichen Ansprüchen anderen vorgehen sollen, gleichviel ob dabei eines praeiudicium Erwähnung geschieht oder nicht; nur bestrebt sich die Glosse zugleich, die Gründe eines solchen Vorzuges anzugeben[262]). Die Wirkung der praescriptio und deshalb auch die Absicht des die praescriptio vorschützenden Beklagten giebt die Glosse dahin an, daß der Rechtsstreit, in welchem sie zulässiger Weise vorgeschützt wird, bis zur Entscheidung des anderen ruhen muß[263]). Die Praxis nahm davon nur soviel an, daß es gewisse Fragen gebe, deren vorläufige Verhandlung und Entscheidung man verlangen könne; diese Fragen nannte man quaestiones praeiudiciales und fand in jener Wirkung die Erklärung des Wortes. Ebenso brauchte man das Wort praeiudicare in den hierher gehörigen Beziehungen für praeferri[264]). Die Berufung auf das Vorzugsrecht einer solchen Frage nannte man exceptio praeiudicii, exceptio praeiudicialis. Der vollständige römische Ausdruck der exceptio: ne praeiudicium fiat maiori cognitioni per minorem causam, kam ganz außer Gebrauch, und damit auch die Untersuchung, was maior causa sei. Bis in die neueste Zeit hat man unter Präjudicial-

259) Planck a. a. O. S. 481 flg.
260) Planck a. a. O. S. 482 flg.
261) S. die von Planck a. a. O. S. 483, N. 11—13 angeführten Stellen der Glosse.
262) S. die Stellen bei Planck a. a. O. S. 483, N. 14.
263) S. die Stellen bei Planck a. a. O. S. 484, N. 15.
264) S. die Stellen bei Planck a. a. O. S. 484, N. 16, 17.

fragen, Präjudicialsachen diejenigen verstanden, welche vor allen anderen entschieden werden müssen; nur untersuchte man in neuerer Zeit die Gründe der Behandlung einer Sache vor der anderen genauer und ging dabei wohl bisweilen auf die Quellen zurück, hielt aber dabei an dem eingewurzelten Sprachgebrauche fest, daher man die römische Bedeutung niemals rein auffand, noch weniger sie in der einmal angenommenen Kunstsprache anwendete. Gewöhnlich räumte man denjenigen Sachen den Vorzug der Behandlung als Präjudicialsachen ein, von welchen die Entscheidung der Hauptsache abhängt[265]). In der neuesten Zeit hat man den inhaltsleeren Begriff von Präjudicialsachen wenigstens zu einer Rubrik im System verwendet. Die Ordnung des Verfahrens glaubte man am besten durch Ausbildung einer Theorie der sog. Nebensachen zu bestimmen. So unterschied man zunächst Hauptsache, d. h. die Hauptstreitfrage, und Nebensache; unter der letzteren unterschied man wieder präparatorische, präjudicielle, incidente und connexe im engeren Sinne, womit im wesentlichen nichts gewonnen war[266]). Was die sog. präparatorischen Sachen anlangt, so liegt auch ihnen der Gedanke der Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten zum Grunde. Zum Verständniß desselben muß aber zunächst die Vorstellungsweise der Neueren aufgegeben werden, welche auch hier Punkte desselben Processes mit selbstständigen Processen vermischen. Die gewöhnlichsten zur Erklärung des Begriffes der präparatorischen Sachen in den Lehrbüchern angeführten Beispiele sind die ad exhibendum actio als Vorbereitung der Vindication, die Klage auf Urkundenedition gegen einen Dritten, nicht gegen den Proceßgegner, die possessorischen Processe im Verhältniß zum petitorium. Allein eine Reihenfolge dieser Streitigkeiten festzusetzen, ist lediglich Sache der Proceßklugheit des Klägers; sie richtet sich nach den viel allgemeineren Regeln: Kläger muß vorher genau die Erfordernisse seiner Klage prüfen, und wenn Eins fehlt, dasselbe zuvörderst, nöthigenfalls durch einen eigenen Proceß herbeischaffen: und: Kläger muß zu seinem Zwecke immer die am wenigsten beschwerlichen Mittel wählen[267]). Das Verhältniß sog. präparatorischer Sachen zu bestimmen, ist blos Sache des Klägers, also der Partei. Die Reihenfolge sog. präjudicieller Sachen, welche man ebenfalls dem Ermessen des Richters entziehen und nach Festsetzung gewisser allgemeiner Merkmale den Parteien und ihrn Anträgen zuweisen wollte, und mit den präparatorischen Sachen unter den Nebensachen des Processes zusammenfaßte, wo ihnen nach festen Begriffen ihre Reihenfolge zugewiesen werden

---

265) Daß damit wenig geholfen sei, zeigt Planck a. a. O. S. 486, der den neueren Begriff von Präjudizialsachen überhaupt als einen inhaltsleeren darstellt.

266) Planck a. a. O. S. 489 flg. führt dies weiter aus.

267) Planck a. a. O. S. 492 flg.

sollte, läßt sich ebensowenig bestimmen, wie bei den sog. präparatorischen Sachen, weil es sich hier lediglich um Maßregeln der Zweckmäßigkeit, welche richtig nur nach den Umständen des einzelnen Falles zu bemessen sind, handelt[268]). Jene Ausdrücke, wenn man sie auch als Kunstausdrücke beibehalten will, taugen nicht für eine Bestimmung der Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten. Es ist besser, mit gänzlicher Beiseitesetzung jener Unterscheidungen im heutigen Rechte zur römischen Auffassungsweise zurückzukehren.

Heutiges Recht. Im wesentlichen sind über die Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten die römischen Regeln der Reihenfolge und ihre Behandlung dieselben geblieben. Vor allen Dingen ist festzuhalten, daß diese Regeln, sowie jede Bestimmung der Reihenfolge Sache der richterlichen Proceßleitung sind, was zunächst aus der Natur der Sache folgt. Da damit nur bestimmt werden soll, zu welcher Zeit sich das Gericht mit einem bestimmten Processe zu beschäftigen habe, ferner, ob es dem letzten Zwecke der Einsetzung der Gerichte, der Verwaltung einer schnellen, sicheren und wohlfeilen Justiz entspreche, diesen Proceß jetzt zu verhandeln, oder erst später nach Beendigung eines zweiten, eine richtige Antwort hierauf aber lediglich aus den Umständen und der individuellen Natur des einzelnen Falles entnommen werden kann, so muß es der Gesetzgebung genügen, allgemeine Regeln zu geben; die Entscheidung selbst aber hat sie dem Ermessen des Richters im einzelnen Falle zu überlassen, welchem jene Regeln als Fingerzeige dienen müssen. Fällt nun hiernach die Bestimmung der Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten der richterlichen Proceßdirection im heutigen Rechte ebenso anheim, wie dies im römischen Rechte der Fall war, so ist zunächst die Stellung der Parteien eine untergeordnete: sie können den Richter nicht durch Berufung auf angeblich unumstößliche Regeln zur Einhaltung einer gewissen Reihenfolge zwingen; wohl aber steht ihnen frei, durch ihre Bemerkungen und Anträge, welche sie in die Form von Exceptionen u. s. w. einkleiden können, auf das richterliche Ermessen in der Proceßleitung einzuwirken; selbst Rechtsmittel und Beschwerden müssen ihnen zustehen, wenn der Richter trotz ihrer Vorstellungen in einer unzweckmäßigen Bestimmung der Reihenfolge verharrt. Die Folge der Vernachlässigung der Regeln der Zweckmäßigkeit, selbst wenn sie durch das Gesetz aufgestellt wären, kann nie in einer Nichtigkeit des Verfahrens bestehen; denn jene Regeln sollen nur einen Anhalt für das richterliche Ermessen geben; aus ihrer Nichtbeobachtung und durch Versäumniß der deshalb zustehenden Rechtsmittel entsteht eine unzweckmäßige Proceßleitung und daraus vielleicht manche andere Unzuträglichkeit, nie aber eine Nichtigkeit des Processes, so wenig wie in anderen Fällen einer versäumten richtigen Proceßmaxime, weil immer angenommen werden muß, der Richter habe diese bestimmte Reihenfolge

268) Planck a. a. O. S. 494 flg.

für die zweckmäßigste gehalten[269]). Die Regeln selbst, welche das richterliche Ermessen bei der Bestimmung der Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten leiten, sind folgende. Erste Regel. Der Rechtsstreit über das bedingende Rechtsverhältniß soll vorangehen, d. h. diejenige Streitigkeit soll regelmäßig vorangehen, welche ein Rechtsverhältniß entscheiden soll, welches in einer zweiten, als Voraussetzung eines anderen Rechtsverhältnisses zur Untersuchung kommt[270]). Diese Regel stützt sich auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit, weil durch die Entscheidung des bedingenden Rechtsverhältnisses bewirkt wird, daß in allen künftigen Fällen, worin dasselbe Rechtsverhältniß in Frage kommt, man dieser Hauptentscheidung sich entweder anschließen muß oder kann. Dadurch wird zugleich Abkürzung der Rechtsstreitigkeiten erreicht, nämlich insofern, als man in den folgenden Rechtsstreitigkeiten einer erneuerten Untersuchung des bedingenden Rechtsverhältnisses überhoben wird, was bei einer umgekehrten Reihenfolge nicht der Fall wäre. Ein schon in dem Gesagten angedeuteter Unterschied besteht darin, daß, wenn beide Streitigkeiten unter denselben Parteien anhängig sind, die Entscheidung des bedingenden Rechtsverhältnisses vermöge der Rechtskraft auch in dem zweiten Processe gelten muß; wenn dagegen in dem zweiten Processe dritte Personen auftreten, diese Einwirkung der Rechtskraft freilich gewöhnlich wegfällt, aber durch andere Rücksichten ersetzt wird. Diese Regel ist auch fortwährend anerkannt. Es finden sich dafür sowohl directe Aussprüche der älteren und neueren Praktiker, als auch Beispiele ihrer Anwendung. Zu den directen Aussprüchen gehört erstlich der: die Streitigkeit soll in der Reihenfolge nachstehen, quae pendet ex altera, quae postea proponi desideratur[271]); zweitens der: die Streitigkeit soll vorausgehen, welche präjudiciell ist für die zweite[272]). Die bei dem ersten aufgestellten Grundsatze gewählten römischen Beispiele zeigen, daß mit diesem unbestimmten Ausdrucke die gedachte Regel ausgedrückt werden sollte; der zweite gedachte Grundsatz ist allerdings historisch unrichtig und zu allgemein; er enthält aber, wie aus den dazu gewählten Beispielen des römischen Rechtes sich ergiebt, das wahre Moment, daß die Streitigkeit vorangehen soll, welche durch ihre rechtskräftige Entscheidung die zweite in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses mit entscheidet[273]). Die An=

---

269) Planck a. a. O. S. 497—501.

270) Planck a. a. O. §. 62, S. 501—513.

271) Siehe die von Planck a. a. O. S. 503, N. 1 angezogenen Stellen aus den Schriften der italienischen Juristen.

272) S. die Nachweisungen bei Planck a. a. O. S. 503, N. 2.

273) Beispiele der Anwendung der Regel in den gerichtlichen Entscheidungen sind: der Streit über das Eigenthum am Grundstücke soll dem Streite über den daran gebundenen Leibeigenen vorangehen; es soll ferner die angebrachte Klage beendigt werden, ehe die Injurienklage aufgenommen werden kann, welche sich auf jene Klaganstellung gründet; die verlassene Braut kann die Injurienklage

wendung der Regel anlangend, so wird sie 1) wenn beide Rechtsstreitigkeiten unter denselben Parteien schweben, in den meisten Fällen befolgt werden müssen, so daß das bedingende Rechtsverhältniß zuerst rechtskräftig entschieden wird, und in der zweiten Streitigkeit dann eine fernere Untersuchung desselben unnöthig ist. Ausnahmsweise kann auch hier nach richterlichem Ermessen eine gleichzeitige, ja sogar verbundene Verhandlung beider Streitigkeiten eintreten, z. B. in den Fällen der sog. eventuellen Klaganhäufung und der verbundenen Verhandlung einer von der Entscheidung der Vorklage abhängigen Widerklage[274]). 2) Treten verschiedene Personen in den beiden Streitigkeiten auf, so ist auch hier vor allen Dingen die Rücksicht, womöglich übereinstimmende Urtheile zu erlangen, maßgebend, wodurch zugleich die Inconvenienz vermieden wird, eine Partei zu einer Leistung, welche sich nach Beendigung des bedingenden Rechtsstreites als eine unrechtliche darstellt, gezwungen zu haben. Die Erreichung dieses Zweckes läßt sich hoffen, wenn das bedingende Rechtsverhältniß zuerst allein erörtert und zur Entscheidung gebracht wird, weil in vielen Fällen selbst die dritten Personen der zweiten Rechtsstreitigkeit ungeachtet der Regel: res iudicata ius facit inter partes, an die Entscheidung als rechtskräftige gebunden sind oder sich wenigstens ihrem Gegner gegenüber darauf berufen dürfen, in den übrigen aber wenigstens ein freiwilliger Anschluß an das Resultat des ersten Processes zu erwarten ist. Dennoch kommen hier noch andere Rücksichten in Betracht, welche aus der eigenthümlichen Natur des einzelnen Falles sich ergeben und daher dem richterlichen Ermessen größeren Spielraum verstatten; namentlich überwiegt die Rücksicht auf Zeitverlust häufig jene erstere. Einzelne Fälle sind: α) Legatare müssen mit ihrer Klage gegen den Testamentserben warten, bis der Rechtsstreit des letzteren mit dem Intestaterben entschieden ist[275]). Offenbar entscheidet hier die Rücksicht auf Rechtskraft. Das Bestehen der Legate hängt von dem des Testamentes ab, dessen Vertheidigung der Erbe eben jetzt übernimmt. Um jedoch die Legatare vor jedem Schaden zu decken, kann der Erbe zur Litiscontestation gezwungen werden, oder er kann das Legat selbst gegen Caution der Rückerstattung leisten. β) Während des Streites über das Erbrecht klagt der petitor gegen die

---

nicht eher anstellen, als bis der Streit über die Giltigkeit und Aufhebung des Verlöbnisses selbst beendigt ist. Planck a. a. O. S. 503 flg.

274) Die Rücksicht auf Zeitgewinn rechtfertigt hier Ausnahmen. Dadurch nämlich, daß der Richter in der abhängigen Streitigkeit die Verhandlung der Voraussetzungen gestattet, welche außer dem beiden Streitigkeiten gemeinsamen Rechtsverhältniß in's Klare zu setzen sind, wird er in den Stand gesetzt, gleichzeitig, sobald der Rechtsstreit über das bedingende Rechtsverhältniß entschieden ist, auch den zweiten entscheiden zu können; er hat aber auch möglicher Weise unnütze Verhandlungen in dem zweiten Rechtsstreite zugelassen, wenn die Entscheidung des bedingenden gegen die Möglichkeit des zweiten ausfällt. Planck a. a. O. S. 505.

275) L. 12. pr. C. (III. 31.)

Besitzer von Erbschaftssachen, welche diese von dem bonae fidei possessor gekauft haben. Die Frage, ob dieser Rechtsstreit zweckmäßig sistirt werde, wird von Ulpian[276]) verneint, außer wenn die Käufer den Regreß haben. Diese Entscheidung läßt sich auch für den jetzigen Proceß rechtfertigen[277]). γ) Die Schuldner einer Erbschaft, welche von einem Erbprätendenten verklagt werden, können regelmäßig fordern, daß der Kläger den Ausgang seines Rechtsstreites mit einem Anderen über die Erbschaft selbst abwarte[278]). δ) Dingliche Klagen, welche der possessor oder petitor hereditatis während des Erbschaftsstreites gegen dritte Besitzer von Erbschaftssachen anstellen wollen, werden regelmäßig nicht sistirt[279]). ε) Die Frage, ob Erbschaftsgläubiger den Ausgang

---

276) L. 25. §. 17. D. (5. 3.)

277) Planck a. a. O. S. 507 flg. führt dies weiter aus. Zunächst fragt es sich, ob man durch die Sistirung zu übereinstimmenden Urtheilen gelangen werde. Unterliegt der Kläger im Erbstreite, so ist der jetzige Rechtsstreit auch entschieden, weil die Käufer die exceptio rei iudicatae inter actorem et eum, qui venumdedit, haben; siegt der Kläger, so kann er sich nicht auf Rechtskraft berufen. Es ist ebensowohl möglich, daß die Käufer freiwillig nachgeben, weil sie kein günstigeres Resultat, als der bonae fidei possessor selbst, der doch zunächst betheiligt war, erwarten, als daß sie dem Kläger möglichst viele Hindernisse in den Weg legen und daher neuen Beweis seines Erbrechtes verlangen. Daher ist die Aussicht, durch die Sistirung zu übereinstimmenden Urtheilen zu gelangen, zweifelhaft. Eine zweite in Betracht kommende Rücksicht ist die auf Zeitverlust. Verliert der Kläger, so ist freilich damit alles erledigt; siegt er, so muß er, wenn die Käufer nicht nachgeben, von neuem anfangen. Diese Rücksicht entscheidet, wenn der Kläger auf der Fortsetzung des Streites gegen die Käufer besteht; der Richter würde auf Kosten des Klägers die Käufer begünstigen, um übereinstimmende Urtheile zu erhalten. Die Rücksicht auf das Interesse des Klägers kommt aber in Wegfall, wenn den Käufern der Regreß zusteht, weil der Kläger solchenfalls von ihnen nicht mehr, als vom bonae fidei possessor selbst einklagen kann, mithin im Streite über das Erbrecht sein Interesse auf gleiche Weise wahrnehmen kann, daher es ihm nicht zur Beschwerde gereicht, wenn er auf den Ausgang desselben verwiesen und der jetzige Streit sistirt wird. Auch dann ist eine Sistirung des jetzigen Streites zulässig, wenn die Käufer die Anerkennung des klägerischen Erbrechtes auch ihrerseits von dem Ausgange des Erbstreites abhängig machen. Planck a. a. O. S. 508.

278) L. 49. D. (5. 3.) L. 7. pr. §. 2. D. (28. 8.) Planck a. a. O. S. 228 flg. Die Sistirung des Processes gegen die Erbschaftsschuldner rechtfertigt sich zunächst durch die Hoffnung, daß man sich in dem abhängigen Rechtsstreite freiwillig dem Ausgange des Erbrechtsstreites anschließen werde; dann durch die Rücksicht auf die Billigkeit, indem es unbillig wäre, die Schuldner, welche die Mittel des Gegenbeweises nicht zu Gebote haben, zur Fortsetzung des Streites zu zwingen und sie der Gefahr der nochmaligen Ausklagung von Seiten des etwa siegenden Gegners des jetzigen Klägers auszusetzen. Auch ist der Fall ein vom vorigen verschiedener. Das Nähere darüber bei Planck a. a. O. S. 509.

279) Mögliche Widersprüche in den Urtheilen und daraus hervorgehende Unbilligkeiten kommen hier weit weniger in Betracht. Siegt hier der Kläger, so muß er an den Gegner in der Erbschaftssache doch die erstrittene Sache herausgeben, weil er sie pro herede besitzt; selbst der petitor wird dazu mit einer sich auf die rechtskräftige Entscheidung stützenden hereditatis petitio angehalten. Unterliegt der Kläger, so liegt der Grund in seiner eigenen schlechten Proceß-

des Erbstreites mit ihren Klagen abwarten müssen, ist im Digestenrechte aus Rücksichten der Billigkeit für den beklagten Erben bejahend entschieden[280]), weil er Gefahr läuft, zahlen zu müssen und doch nachher die Erbschaft zu verlieren, vielleicht ohne seine Schuld. Nach einer Verordnung Justinians[281]) ist ebenfalls das Interesse der Gläubiger wahrgenommen und bestimmt worden, daß die Gläubiger während des Erbstreites ungehindert gegen petitor und possessor klagen können. Der für den Verlierenden daraus mögliche Nachtheil wird durch die auch dem possessor gesetzlich auferlegte Verpflichtung, den unterliegenden Gegner wegen der von ihm bezahlten Gläubiger zu entschädigen, abgewendet, worin zugleich liegt, daß die Gläubiger nicht von neuem gegen den possessor klagen können. Obwohl nach diesen Grundsätzen auch in Teutschland zu entscheiden ist, auch entschieden worden ist, so treten doch nicht überall die Voraussetzungen derselben ein, und dann muß das richterliche Ermessen sich an das Digestenrecht halten[282]). Diese Fälle sind nur Beispiele, um zu zeigen, daß der Richter mit genauer Erwägung der individuellen Natur des einzelnen Falles darnach die Reihenfolge zu bestimmen habe. Uebrigens kann in allen Fällen, es mögen dieselben oder verschiedene Personen in den mehreren Rechtsstreitigkeiten auftreten, nach der Regel eine Sistirung nur unter der Voraussetzung eintreten, daß beide Streitigkeiten bereits anhängig sind, oder der Streit über das bedingende Rechtsverhältniß wenigstens in Aussicht steht, weil es gegen die über das bedingte Rechtsverhältniß streitenden Theile ungerecht sein würde, ihren Streit bis auf ungewisse Zeit, wo einmal der Rechtsstreit über das bedingende anhängig gemacht werden könnte, hinauszuschieben. Der Richter hat die Wahrscheinlichkeit abzumessen, auch Vortheile und Nachtheile einer Sistirung zu erwägen; bisweilen kann er durch Bestimmung einer Frist helfen. Fällt sein

---

führung, und der spätere Obsieg im Erbstreite hilft ihm nichts. Der dritte Besitzer wird nicht berücksichtigt; denn er muß zufrieden sein, wenn der Kläger ihm auf Verlangen sein Erbrecht beweist; doppelt zu leisten braucht er nicht. Planck a. a. O. S. 509.

280) L. 6. §. 1. D. (11. 1.) L. 2. D. (49. 2.) S. Planck a. a. O. S. 229 flg.

281) L. 12. §. 1. C. (III. 31.)

282) Bei solchen Successionsstreitigkeiten nämlich, namentlich über Lehen, wo nur Einer der Successionsprätendenten für die Schulden haftet, während dies auf Seiten des Anderen, vielleicht weil er Agnat ist, nicht der Fall ist, ist der von Justinian bestimmte Ausweg einer nachfolgenden Berechnung unter den Prätendenten über Schulden, welche der Eine für den Anderen bezahlt hat, unmöglich. Daher wird sistirt und das Interesse der Gläubiger allenfalls durch Bestimmung von Fristen für die Vollführung des Successionsstreites zu wahren gesucht. Siegt dann der Beklagte der Gläubiger, so können sie sich auf diese Entscheidung berufen (L. 50. §. 1. D. (30.)) und sind einer neuen Untersuchung des Successionsverhältnisses überhoben; verliert er, so bindet sie freilich die Rechtskraft nicht; sie werden aber wohl wegen der Schwierigkeit, einen Beweis ihm zu führen, der ihm selbst mißglückte, sich freiwillig dabei beruhigen. Planck a. a. O. S. 510 flg.

Entschluß für Fortsetzung des Rechtsstreites aus, so muß natürlich auch das bedingende Rechtsverhältniß beiläufig mit untersucht werden, ohne daß jedoch darüber entschieden wird. Wird erst während des Rechtsstreites über das bedingte Rechtsverhältniß der Proceß über das bedingende begonnen oder der Richter erhält da erst Kenntniß von der Existenz dieses zweiten Processes, so kann darüber, ob der erstere nachträglich zu sistiren sei, auch nur das richterliche Ermessen entscheiden. Der Richter wird Rücksicht zu nehmen haben auf die Lage des ersteren Rechtsstreites, ob er schon beinahe bis zu Ende gebracht, ob namentlich die Verhandlungen und Beweise über das bedingende Rechtsverhältniß bereits vorgebracht sind, vielleicht auch auf die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit, daß neue Beweise in dem zweiten Rechtsstreite zu einer verschiedenen Beurtheilung des bedingenden Rechtsverhältnisses führen könnten. Ist übrigens die Sistirung des abhängigen Rechtsstreites räthlich, so ist es gleichgiltig, ob derselbe bei einem höheren oder niederen Richter, als der bedingende Rechtsstreit, schwebt. Auch der höhere Richter muß in einem solchen Falle bis zur Entscheidung des niederen warten, weil alle Richter im Interesse einer guten Justizpflege die bei ihnen anhängigen Processe leiten sollen[283]. Zweite Regel. Der wichtigere Rechtsstreit soll vorangehen, wenn in zweien dieselbe thatsächliche Frage zur Untersuchung kommt[284]. Während die erste Regel auf die Fälle sich bezog, in welchen ein Rechtsverhältniß in zwei Streitigkeiten zu untersuchen war, hat es die zweite mit zwei Processen zu thun, in welchen dieselbe thatsächliche Frage zu erörtern ist. In der Regel wird es in solchen Fällen zu einer eigenen Bestimmung der Reihenfolge nicht kommen, vielmehr die chronologische Folge der Anbringung dieser Processe ohne weiteren Aufenthalt beobachtet werden, d. h. die Untersuchung des factischen Verhältnisses in dem einen Processe wird auf den anderen keinen Einfluß haben. Daß die Parteien in beiden Processen gleich sind, wird ebenfalls keinen Unterschied machen, weil ein rechtskräftiges Erkenntniß nur über ein Rechtsverhältniß möglich ist. Ausnahmsweise kann aus gewissen Rücksichten rein factischer Natur die vorläufige Untersuchung jener Thatsache in dem einen Processe vor dem zweiten wünschenswerth erscheinen. Eine solche Rücksicht ist vor allen Dingen die Hoffnung, daß die Parteien in dem zweiten Processe sich freiwillig dem Resultate der Untersuchung des ersten Processes über jene Thatsachen anschließen, und so Zeit, Mühe und Kosten sparen werden. Zur Begründung dieser Hoffnung ist nothwendig, daß der erste Proceß besonders wichtig, namentlich im Verhältniß zu dem zweiten, sei, weil dann zu erwarten ist, daß allgemein die Anwendung besonderen Fleißes und Umsicht von Seiten des Richters und der Parteien bei den Untersuchungen vorausgesetzt werde, so daß die Parteien

283) Planck a. a. O. S. 512 flg.
284) Planck a. a. O. §. 63, S. 513 flg.

des zweiten Processes sich sagen werden, daß sie durch ihre Kräfte ein anderes Resultat der Untersuchung nicht herbeiführen können. Für diese Ausnahmsfälle ist die bereits gedachte zweite Regel der Reihenfolge so zu fassen: wenn Hoffnung vorliegt, daß die vorhergehende Entscheidung über eine thatsächliche Frage in der einen, namentlich wichtigeren Sache, eine Partei zum Verzicht auf den Streit in der minder wichtigen Sache, welche von derselben factischen Voraussetzung abhängt, bewegen werde, so ist eine Sistirung der unwichtigeren Sache bis zur Entscheidung der wichtigeren zulässig. Diese Regel beruht weniger auf dem Wunsche, übereinstimmende Entscheidungen der Justiz zu erlangen, worauf verzichtet werden muß, weil die Parteien des zweiten Processes durch keine Rechtskraft gehindert sind, auf der wiederholten Untersuchung der factischen Frage zu bestehen, wodurch doch ein abweichendes Resultat sich ergeben könnte, da der Richter die Beweisführung des vorhergegangenen Processes nach der Verhandlungsmaxime nicht unaufgefordert berücksichtigen dürfte. Vielmehr ist der leitende Gedanke bei dieser Regel die Hoffnung auf Ersparung von Zeit, Mühe und Kosten. Nur wo freiwilliger Anschluß der Parteien an das Resultat der Untersuchung im ersten Processe sicher zu erwarten ist, kann die Regel Anwendung finden. Daher ist es räthlich, daß der Richter, bevor er durch sein Decret ohne weiteres den Proceß sistirt, die Ansichten der Parteien erst vernehme, um daraus zu entnehmen, ob der Zweck dieser proceßleitenden Verfügung zu erreichen sei oder nicht. Uebrigens wird aus den schon bei der ersten Regel angegebenen Gründen auch hier vorausgesetzt, daß beide Streitigkeiten bereits im Gange sind, oder doch wenigstens der Beginn der wichtigeren entschieden zu erwarten ist. Beispiele der Anwendung dieser Regel sind da denkbar, wo in mehreren Processen von verschiedener Bedeutung das Dasein eines Gewohnheitsrechtes, ein unvordenklicher Zustand u. s. w. in Frage kommt. Wenn in dem wichtigeren Processe diese factische Frage so oder anders hergestellt worden ist, so ist zu erwarten, daß in den unbedeutenderen Processen, welche unterdessen sistirt wurden, man sich die wahrscheinlich vergebliche Mühe geben werde, ein anderes Resultat herbeizuführen. Das wichtigste und häufigste Beispiel ist die Criminaluntersuchung über ein Verbrechen im Verhältniß zu dem aus demselben Verbrechen entstehenden Civilanspruche. In Bezug hierauf wird auf das oben Gesagte verwiesen.

GG. Bestandtheile des Processes[285]). I. Begriff und Arten. Zum Processe gehören, wie zu jedem rechtlichen Geschäfte, gewisse Thatsachen und Verhältnisse, ohne welche derselbe in seiner rechtlichen Bedeutung nicht existiren kann. Man nennt diese wesentliche Bestandtheile des Processes (essentialia processus).

---

285) Die Literatur siehe in Linde, Civilpr. §. 42, N. *. Vgl. noch vorzüglich Brackenhöft, Erörterungen S. 62—104, dem man hauptsächlich gefolgt ist.

Man unterscheidet ebenso, wie ein giltiges, für einen Theil aber verletzendes Geschäft von einem nichtigen, einen giltigen, aber ein ungerechtes Urtheil (sententia iniqua s. iniusta) hervorbringenden Proceß und einen ungiltigen Proceß, dessen Ergebniß ein nichtiges Urtheil (sententia nulla) ist. Ein giltiges, obgleich ungerechtes Urtheil ist rechtsbeständig, obwohl es ungerecht ist[286]), ein nichtiges Urtheil ist rechtlich unwirksam[287]) und darin besteht seine Nichtigkeit[288]). Der Unterschied zwischen nothwendigen Voraussetzungen und nothwendigen Erfordernissen des Processes[289]), welcher sich darauf gründet, daß man den Zweck eines Processes in die Erlangung eines gerechten Urtheiles setzt, ist schon darum unrichtig, weil letztere ebenso wie die ersteren Essentialien sein müßten, wenn der gedachte Zweck mit zum Wesen des Processes gehörte; dazu gehört er aber nicht, wie sich schon daraus ergiebt, daß ungeachtet der Ungerechtigkeit eines Urtheiles der Proceß doch giltig sein kann; vielmehr ist der wesentliche Zweck eines Processes Erhebung eines bestrittenen Rechtsverhältnisses zur Gewißheit und Hervorbringung der diesem Resultate entsprechenden Wirkung[290]). Die wesentlichen Bestandtheile folgen sowohl aus der Natur der Sache oder des Processes, als aus positiven Gesetzen, daher die Eintheilung in natürlich wesentliche und positiv wesentliche Bestandtheile. Da nicht alle Bestandtheile immer und unter allen Umständen nothwendig sind[291]), so nennt man die nicht immer und unter allen nothwendigen bedingt wesentliche, die unter allen Umständen zum Processe gehörenden aber absolut wesentliche Bestandtheile[292]). Gön=

286) L. 25. D. (1. 5.)

287) L. 4. §. 6. D. (42. 1.)

288) Die Römer haben den Ausdruck nullitas nicht; sie sprechen dafür von sententia nulla, quae nullius momenti est, quae pro nulla habetur. Die sententia nulla betreffen Dig. (49. 8.) Cod. (VII. 64.)

289) Der Unterschied besteht darin, daß man unter nothwendigen Voraussetzungen des Processes diejenigen versteht, ohne welche das Dasein des Processes nicht gedacht werden kann, unter nothwendigen Erforderniſsen des Processes die, welche zur Erreichung des Zweckes desselben nothwendig sind. Gaisberg, allgem. Vorkenntnisse §. 173.

290) Brackenhöft, Erört. S. 62, 63, welcher noch mit Grund bemerkt, daß die Unterscheidung keine doppelte Art der Essentialien angebe. Daher ist sie, wenn auch an sich richtig, doch schon aus diesem Grunde nicht zu billigen.

291) Z. B. der Ladung bedarf es nur, wenn der Beklagte nicht freiwillig erscheint, der Execution nur, wenn der Verurtheilte dem Urtheile nicht freiwillig Genüge leistet, des Beweisverfahrens nur, wenn nicht ohnehin durch Eingeständniß u. s. w., rechtliche Gewißheit vorhanden ist, der Legitimation nur, wenn die Berechtigung einer Partei zur Geltendmachung oder Vertheidigung eines Rechtes von besonderen Verhältnissen abhängt. Brackenhöft a. a. O. S. 63.

292) Urheber dieser Eintheilung ist Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 74—76. Ihm folgen Gönner, Hdbch. des gem. teutsch. Proc. Bd. II, Abh. 27, §. 7 flg. Gaisberg a. a. O. §. 171 flg.

ner unterscheidet gemeinschaftliche, allgemeine und eigenthümliche, besondere Essentialien des Processes 293) und versteht unter den ersteren die allen auch noch so verschiedenen Proceßarten gemeinsamen, unter den letzteren die einer besonderen Proceßart eigenthümlichen wesentlichen Bestandtheile 294). Diese Eintheilung ist mit den in absolut wesentliche und bedingt wesentliche Bestandtheile nicht von gleicher Bedeutung. Denn abgesehen davon, daß sie auf einem ganz anderen Grunde beruht, können gemeinschaftliche Essentialien bald absolut, bald bedingt wesentlich sein 295); dagegen sind eigenthümliche Essentialien für ihre besondere Proceßart immer absolut wesentliche 296). Den Essentialien des Processes setzen Manche die Förmlichkeiten desselben entgegen und verstehen darunter das, was außer den Essentialien im Processe noch beobachtet wird 297), mithin das Außerwesentliche 298). In der Begrenzung des Umfanges des Gebietes der Förmlichkeiten ist man aber nicht übereinstimmend gewesen; bald hat man die vom Gesetze aufgestellten wesentlichen Bestandtheile, welche man nicht als natürliche ansah, dahin gezählt, bald sie davon ausgeschlossen 299). Wenn man ersteres thut, so ist auch eine Nichtbeobachtung der gesetzlichen nothwendigen Form eine Nichtigkeit 300).

II. Natürlich wesentliche Bestandtheile. Die Eigenschaft des Processes als eines lediglich positiven Institutes bringt es mit sich, daß natürlich wesentliche Bestandtheile desselben nur solche sein können, welche aus der Natur der Sache, d. h. hier des Processes, folgen. Würde man die aus den sämmtlichen dieses Institut betreffen-

---

293) Gönner a. a. O. §. 6.

294) Z. B. Competenz des Richters ist ein gemeinschaftlicher, die causa arresti ein dem Arrestprocesse eigenthümlicher wesentlicher Bestandtheil.

295) Z. B. Competenz des Gerichtes ist ein absolutes, Legitimation ein bedingt gemeinschaftliches essentiale.

296) Die eigenthümlichen lassen sich auch durch die Proceßart bedingte Essentialien nennen. Gönner a. a. O. §. 6. Solchenfalls fallen sie aus der Kategorie der absoluten aus und es bleiben für diese nur die gemeinschaftlichen absoluten. Dann muß man zwei Arten bedingter Essentialien unterscheiden, solche, welche durch (unbestimmte) Umstände bedingt sind, und solche, welche durch die Proceßart bedingt sind (eigenthümliche) und gelangt so zu den Eintheilungen und Kunstausdrücken von Martin, Civilproc. §. 14, 12. Auflage, welcher nur die bedingten Essentialien in gemeinschaftliche und eigenthümliche theilt und demnach alle eigenthümlichen Essentialien zu den bedingten rechnet. Brackenhöft a. a. O. S. 64. Martin unterscheidet aber eben so, wie Gönner, zwischen dem, was für eine bestimmte Form als Zweck gedacht (für eine bestimmte Proceßart) wesentlich, und dem, was für das Verfahren überhaupt wesentlich (absolut wesentlich) ist.

297) Danz, ordentl. Proc. §. 58. Grolman a. a. O. §. 76. Dieses billigt auch Gönner a. a. O. §. 3.

298) Linde, Civilpr. §. 42.

299) S. Brackenhöft a. a. O. S. 65, der auch die verschiedenen Schriftsteller anführt.

300) Dies thut Grolman a. a. O. §. 76.

den gesetzlichen Vorschriften sich ergebenden Merkmale in Einen Begriff zusammenfassen, so würden die aus diesem Begriffe sich ergebenden Essentialien natürliche sein; sie würden aber auch sämmtliche in den Gesetzen ausdrücklich vorgeschriebene Essentialien mit umfassen, außer wenn man diese von den übrigen unterscheiden und von dem Begriffe der natürlichen Essentialien ausschließen wollte. Allein ein solcher Ausschluß ist unstatthaft; die natürlichen Essentialien sollen weder alle in den Gesetzen ausdrücklich vorgeschriebenen umfassen, noch sich auf alle blos aus positiven Normen abzuleitende erstrecken. Vielmehr sind sie gerade aufgestellt, um sie von anderen, dem positiven Gesetze in gleichem Grade ihr Dasein verdankenden Essentialien zu trennen, und die Gesetzgebung selbst will, um die Natur des Processes zu finden, nicht alle ihm nach positiven Normen zukommenden Merkmale aufgenommen wissen. Folgende historische Momente haben die Unterscheidung der natürlichen Essentialien herbeigeführt, wobei zu gedenken ist, daß den Essentialien die Nichtigkeiten entsprechen, Mangel eines Essentiale eine Nichtigkeit erzeugt[301]). Bei den Berathungen über die Bestimmungen des J. Reichsabschiedes hinsichtlich der Nichtigkeiten trug Bayern darauf an, den Unterschied der Rechtsmittel gegen eine sententia nulla und eine sententia iniusta aufzuheben und gegen beide Arten der Erkenntnisse blos Appellation innerhalb der zehntägigen Nothfrist zuzulassen. Das hierauf ergangene Reichsdeputationsgutachten vom 1. Juni 1644 fiel unter Nr. 11 dahin aus, es möchte durch künftiges Reichsgesetz sanctionirt werden, daß eine Beschwerde gegen eine sententia nulla nicht zuzulassen sei, wenn nicht binnen zehn Tagen von solcher Beschwerung provocirt worden sei; würde gleichwohl der verlierende Theil nach erörtertem Processe nullitatem sententiae in Erfahrung bringen, so solle derselbe restitutionem in integrum zu suchen und nullitatem zu deduciren befugt sein. Die zur Untersuchung des Justizwesens durch den Reichstag zu Regensburg niedergesetzte Reichsdeputation beschäftigte sich ebenfalls mit den Nichtigkeiten. In der Relation der Deputirten ist die vorige Meinung der früheren Deputation wegen der Restitution ganz bei Seite gesetzt, die Nichtigkeitsklage im ganzen sanctionirt, aber die Bestimmung dessen, was eigentlich zu derselben berechtigen solle, versucht worden. Das Project vom November 1653 ging dahin: „bei der 11. Cautel wird es bei der Frankfurter Deputirten Meinung, daß nämlich auch a sententia nulla intra decendium appellirt werden solle, quoad nullitates ex formalitate et subtilitate processus resultantes gelassen. So viel aber

301) Vgl. über diese historischen Momente Gönner, Hdbch. Bd. III, N. 64, S. 398. Gensler, Commentar Bd. II, S. 161. Heffter, Institutionen S. 510, §. 4. Linde, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 232 flg. Derselbe, Hdbch. über die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. II, S. 498, die gemeinschaftliche Quelle ist Meyern, acta comitiorum Ratisbonensium T. II.

diejenigen nullitates betrifft, welche insanabilem defectum ex persona iudicis, aut partium, oder ex substantialibus processus haben, bleibt es bei dem iure communi." Ebenso unterschied zwischen den Nichtigkeiten das allgemeine Reichsgutachten vom December 1653. Die kaiserliche Resolution vom 13./23. April 1654 stimmte damit überein. Schon am fünften Tage nach der kaiserlichen Resolution wurde dieser Punkt in den drei Reichscollegien noch einmal zur Sprache gebracht und im Schlusse des Fürstenrathes wurde erinnert: „Der Nullitäten halber wird wiederholt, daß ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das ius naturale laufend, und den nullitatibus iuris positivi zu machen, dergestalt, daß in diesen das fatale decendii sowohl, als in den appellationibus hinführo statt haben, in jenen es aber wegen der Zeit, in welcher die Klage der Nullität einzuwenden, bei den gemeinen Rechten gelassen werden soll." Diesen Schluß nahm man in das Gutachten der drei Reichscollegien auf, und der Kaiser fand in seiner hierauf ertheilten Resolution vom 23. April/3. Mai billig, daß „auch dasjenige, was ratione der differentiae inter nullitates contra ius naturale et civile in ihren Gutachten erinnert worden, in Acht genommen werden soll." In dem J. Reichsabschiede §. 121, 122 ist diese Unterscheidung zwischen nullitates iuris naturalis und iuris positivi nicht aufgenommen worden, sondern die des allgemeinen Reichsgutachtens zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten. Man pflegt dies als ein Versehen zu betrachten [302]; allein wahrscheinlich hat man unter den nullitates iuris naturalis keine anderen verstanden, als die, welche jenen defectus insanabilis bilden. Der Beweis dafür liegt darin, daß schon früher Juristen Nullitäten ex iure naturali et gentium und ex iure positivo unterschieden [303]) und zu den ersteren vorzugsweise der defectus iurisdictionis, inhabilitatis, mandati, citationis und substantialis processus rechneten; daß auch schon das kanonische Recht hinsichtlich der Proceßnichtigkeiten auf das ius naturale hinweist [304]). Auch zeichnen schon die früheren Reichsgesetze solche Nichtigkeiten aus, welche einer Partei in der Hauptsache ein unwiderbringliches Unrecht zufügen, „öffentliche" sind und in anderer Instanz nicht ratificirt werden können [305]). Nichtigkeiten, deren Folgen in höherer Instanz

---

302) Almendingen, Metaphysik des Civilpr. S. 299. Gensler a. a. O. Vielmehr hat man aber wohl durch die Unterscheidungen zwischen nullitates contra ius naturale und contra ius positivum nur die im J. Reichsabsch. später ausgedrückte Unterscheidung genauer bestimmen wollen. Gönner a. a. O. S. 403 flg. Linde a. a. O. S. 523.

303) Vantius, de nullitatibus p. 504—506. Tit. ult. §. 12. 25. Gail, Obs. T. I. obs. 75.

304) Cap. 2. Clem. (II. 11.)

305) Kammergerichtsordn. v. 1521 Tit. XXI, v. 1523 Tit. V, §. 6, 7, v. 1555 Th. III, Tit. XXXIV, §. 1—4. Conc. der Kammergerichtsordn. Th. III, Tit. XL. Oeffentliche Nichtigkeiten (sententia contra ius commune publicum lata) werden den Verletzungen des ius litigatoris entgegengesetzt; Nichtigkeiten, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden können, den nullitates iuris positivi,

nicht aufgehoben werden können, sind solche, welche für das in erster Instanz stattgefundene Verfahren den Begriff eines Processes ausschließen, weil solchenfalls die höhere Instanz noch keine Competenz zur Abänderung des Urtheiles erlangt haben kann, weil zu dieser Competenz ein giltiges Verfahren in erster Instanz vorausgesetzt wird[306]). Auch die Bezeichnung der nullitates iuris naturalis als solcher, welche nicht so unerheblich sind, um gleichsam mit Stillschweigen übergangen werden zu können[307]), entscheidet nicht gegen die Ansicht, daß unter diesen Nullitäten die zu verstehen seien, welche aus einem defectus insanabilis entstanden sind; denn Nichtigkeiten, welche als solche beachtet werden müssen, schließen das rechtliche Dasein eines Processes aus und machen ein neues Verfahren nothwendig, wo die Existenz eines Verfahrens vorausgesetzt wird. Unzweifelhaft entsteht demnach durch den Mangel eines Erfordernisses, ohne welches sich ein Proceß gar nicht denken läßt, ein insanabilis defectus. Daß jeder Mangel in der Person des Richters oder der Parteien das Dasein eines Processes ausschließt, läßt sich nur insofern aus dem Naturrechte ableiten, als auch nach diesem eine Thätigkeit unfähiger Personen als eine Handlung nicht gelten könnte, allein was zur Fähigkeit der Personen gehört, worin die Substanz des Processes besteht, das ist lediglich nach positiven Normen zu beurtheilen. Durch Entlehnung dieses Stoffes aus dem positiven Rechte tritt man aus dem Gebiete des Naturrechtes heraus, und durch die Bildung von Normen aus jenem Stoffe nach logischen Gesetzen in das Gebiet der Natur der Sache oder deren Benutzung hinüber. Nun ist es nach der eigenen Erklärung des Gesetzgebers zur Giltigkeit des einzelnen Processes nicht nöthig, daß alle die das Institut des Processes normirenden Vorschriften auch in dem einzelnen Processe beobachtet werden, sondern es ist nur die Beobachtung der das Wesen des Institutes bildenden Vorschriften nothwendig. Dieses Wesen ist nur aus seinem Zwecke zu erkennen. Der Proceß ist aber seiner Natur nach ein Mittel für Wirkungen auf andere Verhältnisse; er muß daher zwei gesetzlich bestimmte Zwecke haben, einen, den er als selbstständiges Institut hat, und einen anderen, der durch diese in Bezug auf andere Verhältnisse zu verfolgen ist. Der erstere Zweck geht dahin, daß die dem Richter von den Parteien als bestritten vorgelegten Rechtsverhältnisse durch richterliche nach Rechtsnormen vorzunehmende Beurtheilung des ihm von jenen vorgelegten Stoffes zur Gewißheit gebracht und die so gewiß gewordenen Rechtsverhältnisse auf Verlangen des Berechtigten

---

welche im Falle deshalb erhobener Beschwerde, nach dem Verfahren der römischen Curie dadurch beseitigt wurden, daß dem Unterrichter aufgegeben wurde, in der Sache ohne Beachtung der Beschwerde weiter zu verfahren. Vantius, l. l. p. 389. §. 17. p. 504—506. §. 125. S. auch Linde, von den Rechtsmitteln Bd. II, S. 512 flg.

306) Mittermaier, der gem. teutsch. Proc. Bd. III, S. 121.

307) Mynsinger, Obs. T. I. obs. 27. Gail l. l.

durch den Richter verwirklicht werden. Der andere Zweck geht dahin, den Rechtssubjecten ein Mittel an die Hand zu geben, durch welches sie die Geltendmachung wirklicher Rechte erlangen können. Nur der erstere Zweck gehört zum Wesen des Processes selbst; der letztere wird von der Proceßgesetzgebung verfolgt, welche nach ihm jenes Wesen des Processes gebildet hat. Nur der erstere Zweck ist als der hier allein entscheidende zu betrachten[308]). Nach diesem Zwecke ist wesentlich: 1) daß die Subjecte, unter denen und in Bezug auf deren Verhältnisse und durch welche (wozu auch der Richter gehört) die Wirkungen, auf deren Erreichung der angegebene wesentliche Zweck des Processes geht, hervorgebracht werden sollen, die dazu durch das positive Recht erforderten Eigenschaften haben müssen; 2) daß von ihnen die dazu durch das positive Recht gestattete oder vorgeschriebene Thätigkeit, insoweit ohne sie der Zweck der Geltendmachung des wirklichen Rechtes nicht zu erreichen wäre, angewendet sein muß; insofern nicht etwa die Unthätigkeit gesetzlich einen Ausschluß mit einer blos gestatteten Thätigkeit zur Folge hat. Letzteres ist der Fall hinsichtlich der Thätigkeit der Parteien; daher genügt es in Ansehung der Parteien, wenn ihnen rechtliches Gehör gestattet ist. Diese Thätigkeit oder deren Gestattung bildet die substantialia processus, und die Gestattung des rechtlichen Gehöres, der defensio, gilt ebenfalls nach dem kanonischen Rechte[309]) als Erforderniß des ius naturale. Zum Wesen dieses Gehöres gehört auch gehörige Berücksichtigung des ihm dadurch dargebrachten Stoffes von Seiten des Richters, d. h. Beurtheilung dieses Stoffes nach Rechtsnormen. Hiernach ist in Bezug auf die vorliegende Frage der natürliche das Wesen des Processes bestimmende Begriff des Processes folgender: Proceß ist das Rechtsgeschäft, wodurch Personen, welche im entgegengesetzten Interesse einander gegenüberstehen (Parteien), mit den ihnen gesetzlich dazu verstatteten Mitteln, so weit sie die Möglichkeit der Geltendmachung des wirklichen (materiellen) Rechtes bedingen, und durch die richterliche Beurtheilung und Hilfe, Gewißheit ihrer streitigen und die Verwirklichung ihrer zur Gewißheit gebrachten Rechtsverhältnisse erlangen; wenn auch diese Gewißheit nur insofern erreicht worden ist, daß diese Verwirklichung rechtlich zulässig ist[310]). Die Partei macht rechtmäßig von dem Pro-

308) Daß die Gesetzgebung bei Aufstellung der Bedingungen, unter welchen rechtliche Gewißheit über ein bestrittenes Rechtsverhältniß entstehen und der Zwang zur Verwirklichung des zur Gewißheit gebrachten Rechtsverhältnisses anwendbar sein soll, nicht an das Wesen des Processes gedacht haben könne, wie es durch ihre Normen geschaffen ist, sondern an das Wesen des Processes, welches sie bei der Bildung der Proceßnormen beherrscht hat, leitet Brackenhöft a. a. O. S. 70 mit Recht daraus ab, daß die Gesetzgebung hier selbst sich auf das ius naturale beruft, d. i. hier dasjenige Recht, dessen Herrschaft über sich sie selbst anerkennt, z. B. in cap. 2. Clem. (II. 11.): cum illa imperatori tollere non licuerit, quae iuris naturalis existunt.

309) Cap. 2. Clem. (II. 11.)

310) Brackenhöft a. a. O. S. 66—71.

cesse Gebrauch zum Zwecke der Geltendmachung des wirklichen Rechtes (des ius litigatoris, des ius in hypothesi, im Gegensatze der Rechtsnorm, des ius constitutionis, ius in thesi); es gehört aber nicht zum Wesen des Processes, daß dieser Zweck wirklich erreicht werde, was sich schon aus der römischen Unterscheidung der sententia nulla und iniqua ergiebt. Die Partei darf aber auch den entgegengesetzten Zweck dadurch verfolgen, womit das Wesen des Processes nicht aufgehoben wird, selbst wenn sie diesen Zweck, die Geltendmachung eines Unrechtes, erreicht hätte. — Der Mangel der natürlichen Essentialien ist in verschiedener Weise möglich. Von dem, was sie fordern, ist nämlich entweder 1) etwas gar nicht geschehen, ohne daß etwas geschehen ist, worauf dieses Unterbleiben Einfluß hat, z. B. es ist blos keine Verurtheilung oder Freisprechung erfolgt, keine Execution verstattet; oder 2) es ist etwas geschehen, was juristisch als nicht geschehen angesehen werden muß, entweder a) weil es an und für sich nicht ist, was es sein soll; z. B. der Richter hätte den Vortrag der Partei in einer ihm unverständlichen Sprache gehört; oder b) weil ihm eine giltige Grundlage fehlt; z. B. der Richter erkennt das Recht des einen Theiles ohne vorheriges Gehör des anderen an. Im Falle unter 1) existirt auch in der natürlichen Bedeutung nichts, es ist ein Mangel im natürlichen Sinne vorhanden, welcher aber hier darin liegt, daß von dem Mittel quantitativ noch gar nicht vollständig Gebrauch gemacht ist. Im Falle unter 2) ist, ungeachtet das Mittel quantitativ vollständig gebraucht ist, die Erreichung des Zweckes des Proceßinstitutes verfehlt und deshalb in concreto das Wesen des Processes ausgeschlossen[311]). — Sowie das Wesen des Processes durch Ableitung aus den Merkmalen, welche der Proceß im Zustande des positiven Rechtes darbietet, zu finden war, ebenso bestehen die natürlichen Essentialien gleichfalls aus positiven Merkmalen. — Die natürlich wesentlichen Erfordernisse des Processes sind[312]) 1) in Ansehung der Subjecte: a) ein Gericht, welches für den fraglichen Fall zuständig ist[313]), Fähigkeit der Person des Richters[314]);

---

311) Almendingen, Metaphysik S. 270 redet in dem Falle 2. a. von einer selbstständigen, im Falle 2. b. von einer fortgesetzten Nichtigkeit.

312) Gensler, Hdbch. Abh. III, §. 6, Nr. 1—8. Commentar Bd. I, S. 19, 20. Linde, Civilpr. §. 43. Brackenhöft a. a. O. S. 74 flg. Vgl. auch Gönner, Hdbch. Bd. III, Nr. 64, §. 15 flg. und den Artikel des Rechtslexikons Nichtigkeiten.

313) Daß das Gericht vom Staate angeordnet sein müsse, liegt schon im Begriffe desselben. Auch Competenz gehört streng genommen zum Begriffe des Gerichtes, weil ein incompetentes Gericht, insofern es unzuständig ist, kein Gericht ist. Ueber das Erforderniß der Competenz L. 81. D. (5. 1.) L. 1. §. 2. D. (2. 2.) L. 23. §. 1. D. (49. 1.) L. un. C. (III. 4.) Cod. (VII. 48.) L. 6. 8. C. (VII. 53.) cap. 4. X. (II. 1.) cap. 26. de regul. iur. in VI. (V. 13.) Kammergerichtsordn. v. 1521 Tit. XXII, §. 2.

314) L. 39. 46. D. (5. 1.) L. 8. §. 1. D. (26. 3.) Ueber die Unfähigen s. den Artikel Nichtigkeiten Bd. VII, S. 349. Positiv wesentlich ist, daß jedes Gericht eine aus mehreren physischen Personen bestehende moralische Person sein soll. Heffter, Institutionen S. 249, 250.

b) ein allseitig bestimmtes zur Rechtsverfolgung ermächtigtes Subject (actor, Kläger)[315]; c) ein ebenso gewisses, zur Rechtsvertheidigung befugtes und verpflichtetes Subject (reus, Beklagter)[316]; unter diesen drei Subjecten darf keine Personeneinheit stattfinden[317]. 2) In objectiver Hinsicht wird verlangt, daß den Parteien rechtliches Gehör verstattet worden sei, so weit sie rechtlich darauf Anspruch haben[318]. 3) Rücksichtlich des Zweckes aller processualischen Verhandlung wird insgemein für nothwendig erachtet, daß der Richter juristische Gewißheit von dem Sein oder Nichtsein des streitigen Rechtes (Beweis) habe, sich darüber gesetzmäßig ausspreche (Urtheil), und daß die Execution nicht vor dem Urtheil erfolge[319]. Genauer betrachtet aber ist zwar die Gestattung der Beweisführung ein natürliches Essentiale; es ist dies aber schon in der Gestattung des rechtlichen Gehöres begriffen; mangelt hieran nichts,

---

315) L. 1. C. (III. 7.) L. 4. C. (V. 56.) L. 9. D. (42. 1.) L. 2. C. (III. 6.) L. 24. C. (II. 12. (13.))

316) L. 2. D. (49. 8.) L. 45. §. 2. L. 54. pr. D. (42. 1.) L. 1. 3. C. (III. 6.)

317) L. 10. D. (2. 1.) L. un. C. (III. 5.)

318) Brackenhöft a. a. O. S. 74 erklärt dies mit Recht für genügend. Andere, wie Gensler und Linde, stellen in objectiver Beziehung als natürliches wesentliches Erforderniß des Processes auf: einen rechtlichen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten, worüber die Cognition den bürgerlichen Gerichten zusteht; dadurch müsse a) der Anspruch des Klägers gehörig erkennbar gemacht und b) noch wirklich streitig sein, so daß deshalb eine Partei die Staatshilfe nachsucht (Klage) und die andere den daraus entstehenden Rechtsstreit aufnimmt (Kriegsbefestigung). Allein daß das streitige Verhältniß zur Cognition der bürgerlichen Gerichte gehören müsse, ergiebt sich schon aus dem Erfordernisse der Competenz. Daß ein streitiger Anspruch vorhanden sein und eine Klage erhoben sein müsse, folgt schon daraus, daß ein Kläger und ein Beklagter vorhanden sein müssen. Die Kriegsbefestigung wird nur zum Dasein eines eigentlichen Rechtsstreites erfordert; allein ein Proceß kann nie bloßer Rechtshandel sein (Brackenhöft a. a. O. S. 4) und daher kann die Kriegsbefestigung kein wesentlicher Bestandtheil des Processes sein. Daß endlich der erhobene Anspruch gehörig erkennbar gemacht sein müsse, enthält schon das Erforderniß des gestatteten Gehöres; letzteres umfaßt aber mehr als jenes. Ein Proceß kann nicht angefangen werden, wenn nicht die Erhebung irgend eines Anspruches eines bestimmten Klägers gegen einen bestimmten Beklagten zur Kenntniß des Richters gekommen ist; ohne daß dieser Anspruch speciell bestimmt worden, ist aber auch ein Proceß über diesen Anspruch, und ohne daß dieser bestimmte Anspruch zur Kenntniß des Beklagten gekommen ist, ist auch dieser speciell bestimmte Proceß mit diesem bestimmten Beklagten nicht möglich. Durch diese Momente ist selbst das Dasein eines Processes im natürlichen Sinne bedingt; fehlen sie, so ist ein Fall der unter Nr. 1 und Nr. 2 a genannten Art, in welcher ein Mangel der natürlichen Essentialien eintreten kann, vorhanden. Ungeachtet des Daseins dieser Momente konnte es doch an dem genügenden Gehör fehlen, und ein Proceß in der natürlichen Bedeutung vorhanden sein, in der juristischen aber nicht. Das wirkliche Bestrittensein des Anspruches ist nur ein natürliches Essentiale des Urtheiles. Brackenhöft a. a. O. S. 74, 75.

319) So Linde a. a. O. §. 43. Das Erforderniß des Beweises wird gegründet auf cap. 2. X. (2. 6.), das des Urtheiles auf dieselbe Stelle, und insoweit das Urtheil als Voraussetzung der Execution gilt, auf L. 5. C. (VII. 57.) L. 1. C. (VII. 53.) L. 28. D. (42. 1.)

so ist die wirklich geschehene Beweisführung kein natürliches Essentiale und selbst nicht einmal das Dasein juristischer Gewißheit der in Betracht kommenden Thatsachen [320]), weil durch den Mangel solcher Momente, wodurch eine solche Gewißheit begründet wird, der Proceß nicht die Natur eines Mittels zur Erlangung der Anerkennung und des Schutzes des wirklichen Rechtes verliert, wenn nur die Möglichkeit, eine solche Gewißheit herbeizuführen, nicht widerrechtlich entzogen ist. Die Urthelsfällung oder Vornahme der Execution setzt als natürliches Essentiale eine Lage des Processes voraus, in welcher keiner Partei keine Beweisführung oder Gehör mehr verstattet zu werden braucht. Ein Urtheil des Richters in dem Sinne, daß er eine Meinung von dem Dasein oder Nichtdasein eines streitigen Verhältnisses faßt, oder in Gemäßheit einer solchen verfährt, ist ein natürliches Essentiale, weil sonst der Proceß kein Ende nehmen würde. Einem Urtheile in diesem Sinne kann keine Execution vorangehen, weil die Execution selbst immer ein solches Urtheil implicite enthält. Wörtlicher Ausspruch des Urtheiles, geschehe er mündlich oder schriftlich, ist kein absolutes natürliches Essentiale, allerdings aber bleibt dem Richter, wenn er nicht durch Execution sein Urtheil an den Tag legen kann, nur jene Art der Aeußerung übrig [321]). Auch die Möglichkeit der Vollstreckbarkeit des Resultates der richterlichen Beurtheilung, wenn dasselbe in einer Verurtheilung besteht, gehört zu den natürlichen Essentialien [322]). Nicht minder ist es ein solches Essentiale, daß die richterliche Beurtheilung auf die von den Parteien dem Richter in dem fraglichen Streite vorgetragenen Thatsachen gerichtet ist; ein Urtheil, bei welchem der Richter erweislich, wenn auch nur theilweise, andere Thatsachen zum Grunde gelegt hat, als diese, bezieht sich gar nicht auf das fragliche Verhältniß, es ist für dieses mithin noch keine Beurtheilung vorhanden, das gesprochene Urtheil aber, da es auf keinen Streit unter Parteien geht, nichtig [323]). Im allgemeinen ist unbestritten, daß die bisher aufgeführten absoluten natürlichen Essentialien vorhanden sein müssen, wenn eine unheilbare Nichtigkeit im Sinne des J. Reichsabschiedes vermieden werden soll. Es wurde vor-

---

320) Brackenhöft a. a. O. S. 75. Diese juristische Gewißheit, welche hier gemeint ist, ist nämlich objectiver Natur, insofern sie auf Normen beruht, welche alle Rechtsgenossen anerkennen müssen (auf der Beweistheorie). Subjective Gewißheit des Richters muß aber immer vorhanden sein oder doch als vorhanden vorausgesetzt werden, sobald der Richter ein Resultat eintreten läßt, welches eine solche voraussetzt; z. B. wenn er den Beklagten verurtheilt oder auch nur ihn zu einer Leistung zwingt. Brackenhöft ebd. N. 39.

321) Brackenhöft a. a. O. S. 75, 76.

322) Daher ist ein Urtheil nichtig, wenn es eine durchaus unbestimmte Leistung vorschreibt. L. 3. 4. C. (VIII. 46.); oder wenn daraus nicht hervorgeht, wer leisten und wem geleistet werden soll, oder welches eine Person, welche gar nicht Subject des Processes war, verurtheilt. Brackenhöft a. a. O. S. 77.

323) Brackenhöft a. a. O. S. 77.

hin zum Gehör erfordert, daß das Gehörte auch bei der Beurtheilung berücksichtigt werde, zur richterlichen Beurtheilung, daß sie nach Rechtsnormen geschehe. In Ansehung dieser Erfordernisse oder ihrer Consequenzen ist es bestritten, ob ihr Mangel eine unheilbare Nichtigkeit begründe; den Streit darüber hat man in der Form geführt, ob es unheilbare Nichtigkeiten gebe, welche aus den meritis causae entspringen, und ob ein Urtheil contra ius in thesi unheilbar nichtig sei? Schon vor dem J. Reichsabschiede verlangten einzelne Juristen zur Giltigkeit des Processes auch ein gerechtes Urtheil, d. h. ein solches, welches den Acten und den Gesetzen nicht offenbar widerspricht[324]). Nach dem römischen und kanonischen Rechte ist ein unter Anwendung einer unrichtigen Rechtsnorm, also einer Rechtsnorm, welche als solche hier nicht in Betracht kommt, gesprochenes Urtheil nichtig[325]). Da zur Zeit jener Juristen der Unterschied zwischen sententia iniqua und nulla sehr zweifelhaft war[326]), namentlich die Nichtigkeitsgründe sehr ausgedehnt wurden[327]) und der Zweck des J. Reichsabschiedes gerade auf Beschränkung dieser Ausdehnung in ihren Folgen, nämlich der fortwährenden Nichtigkeit auch dann, wenn ordentliche Rechtsmittel gegen das Urtheil nicht mehr zulässig waren, gerichtet war, so ist namentlich die Frage, ob nicht die beschränkende Wirkung des J. Reichsabsch. jene Ansichten und Vorschriften berührt. Es läßt sich zwar nicht annehmen, daß der J. Reichsabschied die selbstständigen Nichtigkeiten des Urtheiles, d. h. diejenigen, welche erst durch den Inhalt des Urtheiles entstehen, nicht aber blos darauf beruhen, daß es an einer giltigen Grundlage des Processes fehlt, gleichwohl aber auf die ungiltige Grundlage hin die Entscheidung erfolgt ist (fortgesetzte Nichtigkeiten)[328]), im Auge gehabt habe; da er aber von allen Nichtigkeiten ganz allgemein handelt, so sind auch die fraglichen in seinem Sinne zu behandeln. Die sog. nullitates ex meritis causae resultantes (mit Ausschluß der sententia contra ius in thesi) wurden auch noch nach dem J. Reichsabschiede von einigen Juristen zu den unheilbaren Nichtigkeiten gezählt[329]), und diese

324) Vantius, de nullitatibus §. 127—129. p. 435. 436. Ueber die Theorie der Nichtigkeiten bei den Practikern vor dem J. Reichsabschiede Linde, Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. XII, S. 47 flg. Ueber den Streit selbst Brackenhöft a. a. O. S. 78 flg.

325) L. 1. §. 2. D. (49. 8.) L. 19. D. (49. 1.) L. 2. C. (VII. 64.) Cap. 1. X. (2. 27.)

326) Vantius l. c. §. 17. Brackenhöft a. a. O. S. 68, N. 14.

327) Bayer, Vorträge über den gemeinen teutschen ordentl. Civilproceß S. 671 flg.

328) Diesen Unterschied macht Almendingen, Metaphysik des Civilpr. S. 270. Der J. Reichsabsch. §. 122 hat nur solche fortgesetzte Nichtigkeiten im Auge, indem er nur die Nichtigkeiten des Verfahrens vor dem Urtheile nach ihrem Einflusse auf das Urtheil betrachtet. Brackenhöft a. a. O. S. 72, N. 26.

329) Vgl. die von Brackenhöft a. a. O. S. 78, N. 53 angeführten Schriftsteller.

Ansicht ist insofern richtig, als diese Nichtigkeiten sich auf den Mangel rechtlichen Gehöres gründen[330]. Die sententia contra ius in thesi dagegen ist auch nach dem J. Reichsabschiede jedenfalls nichtig und dem Begriffe nach nicht eine bloße sententia iniqua. Bestritten ist, ob sie eine unheilbare Nichtigkeit im Sinne des J. Reichsabsch. begründe[331]. Allein ohne Zweifel ist selbst die Möglichkeit, im Processe eine Anerkennung des wirklichen Rechtes zu erlangen, dadurch bedingt, daß die Giltigkeit dieser letzteren von der Beurtheilung nach Rechtsnormen abhängig sei. Ebenso gewiß ist auch die richterliche Beurtheilung, wenn sie auch nicht zwischen den Parteien und dem Richter, sondern im Innern des Richters oder des Gerichtes vorgeht, ein Theil des Verfahrens. Diese Beurtheilung ist zwar, sofern sie blos im Inneren des Richters vorgeht, nicht durch Rechtsnormen geregelt;

330) Ein solcher Mangel des rechtlichen Gehöres ist vorhanden, wenn der Richter bei seiner Beurtheilung dem Vorbringen oder der Beweishandlung einer Partei gar keine Berücksichtigung angedeihen läßt, sei es absichtlich oder wegen Uebersehens, stillschweigend oder ausdrücklich, also ein Vorbringen der Partei ganz bei Seite läßt, oder etwas, was sie nicht vorgebracht hat, als von ihr vorgebracht annimmt, z. B. die Partei hat geleugnet; der Richter nimmt aber an, sie habe sich gar nicht erklärt, oder gar gestanden. Dagegen ist es ein bloßer Fehler der richterlichen Beurtheilung, nicht ein Mangel in dem zu beurtheilenden Stoffe, und demnach eine bloße Iniquität, wenn der Richter ein Vorbringen der Partei unrichtig auslegt oder eine Beweishandlung unrichtig beurtheilt, z. B. wenn er das Leugnen der Partei als ein Geständniß auslegt, zu welcher Auslegung bei unbestimmter Fassung die Möglichkeit gegeben ist. Ist es auch im einzelnen Falle schwierig, auszumitteln, ob der Mangel auf die Nichtberücksichtigung, oder auf unrichtiger Auslegung und Beurtheilung beruhe, so kann dies doch den Begriff der Nichtigkeit nicht ändern, sondern nur die Möglichkeit aufheben, sie aufzufinden und geltend zu machen. Hiernach kann man zwar erklärlich finden, aber nicht billigen, wenn manche zu einer unheilbaren Nichtigkeit aus diesem Grunde verlangen, daß das Urtheil ausdrücklich gegen den Inhalt der Acten gesprochen sei. So Böhmer, ius eccl. Protest. T. II. Tit. XXVII, §. 38. S. dagegen Gönner Bd. III, Nr. 64, §. 33. Brackenhöft a. a. O. S. 79. Es kann diese Forderung um so weniger statthaft sein, als nach der herkömmlichen Form die Urtheile nur das Resultat der richterlichen Beurtheilung enthalten, nicht aber die Gründe, welche vielmehr in besonderen Entscheidungsgründen beigefügt oder als Motive der Entscheidung vorausgeschickt werden.

331) Bejaht wird es von Pütter, opusc. VIII. §. 32 sq. Gensler, Hdbch. S. 44 und im Archiv für civil. Pr. Bd. I, S. 364. Goldschmidt, Abhandl. S. 123; verneint von Grolman, Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 218. Thibaut, Pand. Recht §. 1253. Martin, Civilpr. §. 294, 295. Francke, im Archiv für civilr. Prax. Bd. XIX, S. 406 flg. Manche wollen die Frage dadurch entscheiden, daß sie sagen, ein defectus insanabilis im Sinne des J. Reichsabsch. könne nur durch einen Fehler in procedendo, nicht aber in iudicando entstehen. Bayer a. a. O. S. 678. Linde, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 256. Dies ist aber unrichtig. Das Urtheil gehört unzweifelhaft zu den substantialia processus und Bayer a. a. O. muß doch selbst anerkennen, daß im Inhalte des Urtheiles eine unheilbare Nichtigkeit liegen kann, die nicht schon durch das vorausgegangene Verfahren begründet ist, z. B. wenn das Urtheil etwas Unmögliches befiehlt, oder keine bestimmte condemnatio enthält. L. 3. D. (49. 8.) L. 3. 4. C. (VIII. 46.)

allein für ihren Stoff giebt es durch Rechtsnormen vorgeschriebene Qualificationen und die Rechtsnormen machen einen Theil dieses Stoffes aus. Hiernach ist also ein natürlich wesentlicher Bestandtheil des Processes: daß nicht contra ius in thesi erkannt wird [332]). Es

332) Allerdings ist nun, wie Brackenhöft a. a. O. S. 80 ausführt, die Operation, wodurch der Richter die Rechtsnormen auffindet, kein Theil des processualischen Verfahrens und diese vom Richter in Bezug auf einen einzelnen Fall unternommene Operation ist immer nur als eine Vorbereitung des Richters selbst zu betrachten, und wenn diese Vorbereitung so mangelhaft wäre, daß der Richter durch dieselbe dahin kommt, daß er einen Satz als Rechtsnorm annimmt, welcher diese Eigenschaft überall nicht hat, so begründet diese mangelhafte Vorbereitung an sich keinen Mangel des Verfahrens, sondern ein solcher tritt erst dann ein, wenn der Beurtheilung des einzelnen Falles das unrichtige Resultat jener mangelhaften Vorbereitung zum Grunde gelegt wird. Man kann auch mit Brackenhöft a. a. O. annehmen, daß der Mangel unmittelbar in der Beschaffenheit des mangelhaft vorbereiteten Richters, im Verfahren aber nur mittelbar liege. Wenn aber Brackenhöft daraus herleitet, daß man allerdings darüber zweifelhaft sein könne, ob eine Beurtheilung nach wirklichen oder richtigen Rechtsnormen ein substantiale processus im Sinne des J. Reichsabsch. sei, so hat er dabei gegen die von ihm selbst a. a. O. S. 79, N. 56 vertheidigte Ansicht gefehlt, daß das iudicare auch zum procedere gehöre. Daß das Urtheil ein substantiale processus sei, darüber herrscht allgemeines Einverständniß und es kommt nur darauf an, ob durch den Inhalt des Urtheiles allein, insoweit er nicht auf ungiltiges Verfahren gebaut ist, eine Nichtigkeit begründet werden könne. Ebenso herrscht Einverständniß darüber, daß ein Urtheil wegen Unvollstreckbarkeit nichtig sei und es wird deshalb auf das römische Recht verwiesen, z. B. wenn es etwas Unmögliches befiehlt oder keine bestimmte condemnatio enthält (vgl. die vorige Note); es wird auch nicht bezweifelt, daß auch nach dem J. Reichsabschiede ein solches Urtheil an einem defectus insanabilis leide. Wegen der Frage, ob ein Urtheil contra ius in thesi nichtig sei und auch nach dem J. Reichsabschiede aus diesem Grunde an einem defectus insanabilis leide, muß man dann ebenfalls auf das römische und bezüglich kanonische Recht zurückgehen. Das römische Recht (L. 32. D. (42. 1.) L. 1. §. 2. D. (49. 8.) L. 19. D. (49. 1.) L. 2. 5. C. (VII. 64.) sowie das kanonische (Cap. 1. X. (2. 27.) Cap. 13. eod. X. eod. Cap. 7. X. (2. 30.) erklären eine sententia contra leges, Senatusconsulta, constitutiones Principis, contra canones, contra rigorem iuris, contra formam iuris, contra ius constitutum lata für nulla, nullius momenti, irrita, inanis. Der Umstand, daß das römische Recht dergleichen Urtheile für ungiltig erklärt, auch wenn keine Provocation oder Appellation dagegen eingewendet worden ist, beweist nur, daß es keiner Appellation bedurfte, um eine Abänderung des Urtheiles herbeizuführen; er beweist aber nicht, daß, wenn Appellation ergriffen worden war und der Appellationsrichter bestätigte und ebenso, wie der Unterrichter, contra ius constitutum erkannte, das Urtheil der Rechtskraft fähig gewesen wäre. Es stand mithin auch nach dem römischen Rechte dem Verletzten die Wahl zu, ob er Appellation einwenden wollte oder nicht. Wendete er solche ein und der Appellationsrichter half der Beschwerde ab, so war dadurch die Beschwerde erledigt; verstieß aber auch der Appellationsrichter in seinem Erkenntnisse contra ius constitutum dadurch, daß er einen unrichtigen Rechtssatz für maßgebend bei der Entscheidung anerkannte, so war das Urtheil eben so nichtig, als wie das Urtheil des Unterrichters in dem Falle, wenn keine Appellation ergriffen worden war. Es war zwar dieser Fall nicht leicht möglich, wenn der Appellationsrichter auf das Gesetz, gegen welches verstoßen war, aufmerksam gemacht worden war; er war aber doch denkbar. Ist dies nach dem römischen Rechte richtig und hat daran auch das kanonische

kommt aber wesentlich darauf an, was hier unter ius in thesi zu verstehen ist. Es ist deshalb auf das römische und kanonische Recht zurückzugehen. Im römischen Rechte wird gesagt, eine sententia contra Leges, Senatusconsulta vel Constitutiones Principum lata sei nullius momenti[333]). Dasselbe setzt immer voraus, daß gegen eine ausdrückliche Sanction der gesetzgebenden Gewalt erkannt worden sei. Ebenso das kanonische Recht, wenn es eine contra leges et canones gefällte Sentenz für nullius momenti erklärt[334]), von einer sententia contra ius constitutionis lata spricht[335]). In beiden wird demnach immer eine einer ausdrücklichen Sanction der gesetzgebenden Gewalt zuwiderlaufende Entscheidung verlangt. Auf das heutige gemeine Recht, das römische und kanonische, ist aber dies nicht anwendbar. Der Grund der Giltigkeit des römischen und kanonischen Rechtes in Teutschland ist nicht gesetzliche Sanction durch die gesetzgebende Gewalt von Kaiser und Reich, sondern Reception. Das fremde Recht gilt in Teutschland nicht als promulgirtes Gesetz, sondern als Gewohnheitsrecht. Die Reception ist nicht unbedingt erfolgt; viele Institute und Sätze des fremden Rechtes sind in Wegfall gekommen, theils weil die Institute den Teutschen nicht bekannt waren oder auf etwa ähnliche nicht paßten, theils weil die Rechtssätze einheimischer Rechtsansichten und Gewohnheiten widerstrebten. Es gilt dies zwar mehr vom römischen, als vom kanonischen Rechte, weil letzteres häufig sich teutschen Rechtsansichten angepaßt hat; allein auch das kanonische Recht fällt, da es häufig Gegenstände betraf, welche mit dem Zwecke der Kirche nicht zu-

Recht nichts geändert, so muß ungeachtet der Vorschrift des J. Reichsabschiedes §. 121 daß a sententia nulla et iniqua innerhalb zehn Tagen appellirt, mithin die Nichtigkeit im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels geltend gemacht werden solle, doch eine durch den Inhalt eines Urtheiles contra ius in thesi begründete Nichtigkeit als auf einem insanabilis defectus beruhend, auch noch später geltend gemacht werden können, weil der Fall denkbar ist, daß der Appellationsrichter ungeachtet der eingewendeten Appellation denselben unrichtigen Rechtssatz seiner Entscheidung zum Grunde gelegt hat, und das Appellationsurtheil dann an gleicher Nichtigkeit leidet, wie das des Unterrichters, diese Nichtigkeit aber als ein insanabilis defectus in substantialibus processus unter den §. 122 des J. Reichsabschiedes mit demselben Rechte zu subsumiren, wie andere Nichtigkeiten, welche im Inhalte des Urtheiles, insofern dasselbe unvollstreckbar ist, liegen, darunter subsumirt werden. Es kommt nur darauf an, was man unter ius in thesi versteht.

333) L. 32. D. (42. 1.) L. 19. D. (49. 1.) L. 1. §. 2. D. (49. 8.) Wenn es in L. 19. D. (49. 1.) heißt: Si expressim sententia contra iuris rigorem lata fuerit, valere non debet, so wird, was es heiße, contra iuris rigorem, durch die folgenden Worte erklärt: Non iure profertur sententia, si contra Leges, vel Senatusconsulta, vel Constitutionem fuerit prolata.

334) Cap. 1. X. (2. 27.)

335) Cap. 13. X. (2. 27.) Das arbitrium contra formam iuris im cap. 7. X. (2. 30.) kann, ebenso wie das römische Recht unter der sententia contra iuris rigorem lata eine Entscheidung gegen Leges, Senatusconsulta oder Constitutiones Principum verstand, nur von einem arbitrium contra ius constitutionis oder contra canones verstanden werden.

sammenhingen und nur durch eine ungebührliche, nie anerkannte Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit und Einmischung der Päbste in rein weltliche Angelegenheiten in den Kreis der kirchlichen Gesetzgebung gezogen worden waren, in die Kategorie eines blos recipirten, durch einheimische Sitte, Rechtsansichten und Gewohnheit mannigfach modificirten Rechtes. Die Reception des fremden Rechtes im ganzen, soweit es nicht zur Zeit der Reception durch unzweifelhaft entgegenstehende einheimische Sitte und Rechtsansichten modificirt war, schloß eine weitere Modification desselben durch Doctrin und Praxis nicht aus. Und wenn auch diese Modification blos darin bestand, daß durch bessere Einsicht in den Geist des fremden, namentlich römischen Rechtes, durch Benutzung dem Mittelalter unbekannter Quellen und namentlich durch historische Forschungen und Entwickelungen ein besseres Verständniß des fremden Rechtes gewonnen wurde und viele Stellen desselben eine andere Deutung erhielten als früher zur Zeit der Reception, wo kritische Hilfsmittel ebensowenig benutzt wurden, als von historischen Forschungen die Rede war, so war doch damit in der That anerkannt und ist bis auf den heutigen Tag anerkannt worden, zeigt sich auch in der täglichen Erfahrung, daß das fremde Recht nicht den Charakter eines promulgirten Gesetzes an sich trage, sondern daß es einer fortwährenden Fortbildung und bezüglich Modificirung durch Doctrin und Praxis unterworfen sei. Deshalb könnte man in Bezug auf die fremden Rechte einen defectus insanabilis eines Urtheiles höchstens nur dann annehmen, wenn es gegen den klaren Inhalt unzweifelhafter Sätze des fremden Rechtes verstößt; auch ist vielfach nur die sententia contra ius c l a r u m in thesi für nichtig betrachtet worden. Wenn man indessen erwägt, daß in Folge der der neueren Zeit mehr als der älteren zu Gebote stehenden kritischen und historischen Hilfsmittel viele in der älteren Zeit für unzweifelhaft gehaltene Rechtssätze später zweifelhaft geworden sind, wenigstens viele Stellen, welche für einen angeblich unzweifelhaften Rechtssatz angeführt wurden, nach Ergebnissen neuerer Forschungen nicht mehr dafür angezogen werden können, während umgekehrt der Widerspruch vieler anscheinend einander widersprechender Stellen in Folge eben dieser neueren Forschungen gelöst worden ist; daß ferner häufig früher das fremde Recht auf einheimische Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse angewendet worden ist, während nach der richtigeren Ansicht bei dieser Anwendung mit großer Vorsicht zu Werke zu gehen ist und zuvörderst die Natur der einheimischen Rechtsinstitute unabhängig vom fremden Rechte, berücksichtigt werden muß, so gelangt man zu dem Resultate, daß weder zu den Zeiten des J. Reichsabschiedes noch jetzt auf dem Grunde eines Verstoßes gegen das römische und kanonische Recht ein Erkenntniß, als an einer unheilbaren Nichtigkeit leidend, angefochten werden kann, weil es sich bei jedem Satze des fremden Rechtes fragt, ob derselbe recipirt, ob er auf die vorliegenden Verhältnisse anwendbar, ob er nicht durch Doctrin und Praxis modificirt be-

züglich aufgehoben sei. Hiernach läßt sich zur Zeit des J. Reichsabschiedes eine unheilbare Nichtigkeit eines Urtheiles aus dem Grunde, weil es dem ius in thesi zuwiderläuft, nur dann annehmen, wenn es gegen ausdrückliche Sanctionen der Reichsgewalt verstößt. Allein auch hier ist nicht zu übersehen, daß die Reichsgesetze nicht absolut obligatorisch waren, vielmehr häufig der Landesgesetzgebung Spielraum ließen; daß manche reichsgesetzliche Vorschriften sich nur auf die Reichsgerichte bezogen und daher nur auf diese anwendbar waren. Seit Auflösung des Reichsverbandes, wo die Reichsgesetzgebung nur noch als freiwillig beibehaltenes Recht gilt, kann in Betracht dessen, daß das römische und kanonische Recht zur Nichtigkeit eines Urtheiles, dessen einer ausdrücklichen promulgirten Sanction der gesetzgebenden Gewalt zuwiderlaufenden Inhalt voraussetzen, eine unheilbare Nichtigkeit darin, daß ein Urtheil gegen die Reichsgesetze verstößt, nicht mehr gefunden werden, weil die gesetzgebende Gewalt von Kaiser und Reich aufgehört hat. Es ist daher der Fall der unheilbaren Nichtigkeit nur auf den Fall zu beschränken, wenn das Urtheil gegen Landesgesetze oder notorische Landesgewohnheiten verstößt[336]). Dagegen kann in der bloßen Widerrechtlichkeit eines Urtheiles nie ein Mangel eines natürlichen Essentiale gefunden werden[337]). 4) Die als natürlich wesentliche Bestandtheile

336) So kann nach der Jenaischen Oberappellationsordn. v. 8. Octbr. 1816 §. 24 und Zerbster Oberappellationsordn. v. 1817 nur Verstoß gegen den Inhalt eines Landesgesetzes, nicht gegen das gemeine Recht Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes begründen. Ebenso verlangt Zus. VI. N. 4 z. Goth. Proceßordnung §. 1. Goth. Ges. über den ordentl. Proc. v. 12. October 1837 §. 17. Verstoß des Erkenntnisses wider klare Landesgesetze. Ersteres Gesetz ließ auch eine Nichtigkeitsklage wegen Verstoßes gegen klare Bestimmungen der in Ermangelung der Landesgesetze geltenden Rechte zu; letzteres Gesetz beschränkt dies auf die recipirten sächsischen Rechte. S. Heimbach, Lehrbuch des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 161.

337) Im römischen Rechte scheint die Widerrechtlichkeit des Urtheiles in einem Falle als Nichtigkeit behandelt worden zu sein, indem Cic. pro domo cap. 29 behauptet, daß ein Urtheil contra libertatem civis Romani jederzeit recipirt werden könne. Auch im kanonischen Rechte hat man solche Fälle gefunden, indem hiernach ein Urtheil, welches eine absolut verbotene Ehe für giltig und eine bestehende Ehe wegen einer irrigen Voraussetzung für aufgelöst erklärt, nichtig sein soll. Böhmer, Ius eccl. Prot. II. 27. §. 41—52. G. L. Böhmer, princ. iur. can. §. 824. Die betr. Stellen, cap. 7. 10. 11. X, (2. 27.) ergeben indessen, daß theils in diesen Fällen in contumaciam erkannt worden ist, wo mithin der Grund im Mangel des rechtlichen Gehöres liegen kann, theils eine vorherige Collusion der Parteien stattgefunden haben mag. Wenn Gönner, Hdbch. Bd. III, Nr. 64, §. 13, 28, 29 diese Aussprüche dazu benutzt, um seine Ansicht, daß ein Urtheil unheilbar nichtig sei, wenn es gegen unveräußerliche Rechte der Parteien verstoße, darauf zu stützen, so ist diese Meinung schon deshalb zu verwerfen, weil das Aberkennen eines Rechtes im Processe einer freiwilligen Veräußerung nicht gleich steht, auch nach Gönner's Ansicht eine giltige Proceßführung über Rechte, auf welche man nicht verzichten kann, nicht möglich sein würde. Gegen Gönner erklärt sich Almendingen, Metaphysik des Civilpr. S. 338—345. S. Brackenhöft a. a. O. S. 80, 81.

von Vielen [338]) aufgeführten nothwendigen Mittel zur Herstellung der natürlich wesentlichen Essentialien, z. B. die Legitimationen, wodurch die dem Kläger und dem Beklagten nothwendigen Qualificationen dargethan werden, die Führung oder Aufnahme des Beweises und die dabei zu gebrauchenden Mittel, welche die legale Ueberzeugung des Richters begründen, die Ladung im Citationsprocesse als nothwendiges Mittel, dem Angegriffenen Gelegenheit zur Vertheidigung zu geben, die Execution, können nur als bedingte natürliche Essentialien betrachtet werden. Denn es kann sich der Fall ereignen, daß, ohne daß es eines besonderen Verfahrens dazu bedurft hätte, ein fähiger Kläger und ein fähiger Beklagter in Gegenwart des Streitgegenstandes, welchen jener von diesem forderte, vor dem zuständigen Richter bereit ständen; solchenfalls würden die natürlichen Essentialien nur darin bestehen, daß der Richter ihnen hinreichendes Gehör gestattete und das Urtheil spräche. Ebenso ist denkbar, daß der verurtheilte Beklagte dem Urtheile freiwillig Genüge leistet, wo es dann einer Execution nicht bedarf. Es erscheinen also die angegebenen nothwendigen Mittel nur als von den Umständen abhängige Erfordernisse zur Herstellung der absoluten Essentialien und sind mithin überflüssig, wenn die absoluten ohnehin vorhanden sind [339]). So ist auch das wörtliche Aussprechen des Urtheiles, wie bereits vorher bemerkt wurde, kein absolutes natürliches Essentiale, weil aus dem vom Richter in Folge der Verhandlungen beobachteten Verfahren, z. B. dem Hinwegnehmen des streitigen Objectes von der einen Partei und dessen Hingeben an die andere schon das vom Richter Rechtens Erkannte erhellt und dadurch die erforderliche Gewißheit hergestellt wird. Nur insofern ist das wörtliche Aussprechen des Urtheiles ein absolutes natürliches Essentiale, als es sich von derjenigen Wirkung des Urtheiles handelt, welche an und für sich im eigentlichen Sinne gar nicht exequirt wird, und sich vielmehr regelmäßig erst außerhalb des Processes, in welchem sie entstanden ist, und außerhalb der Verwirklichung der im Urtheile der Parteien auferlegten Leistungen, der eigentlichen Execution des Urtheiles, äußert; nämlich von der Gewißheit, welche das Urtheil in Ansehung des streitig gewesenen Rechtsverhältnisses unter den Parteien herstellt, eine Wirkung, welche durch bloßes Berufen auf die gefällte Entscheidung, wenn über den entschiedenen Punkt die Erhebung eines wiederholten Streites versucht wird, zur Abwendung desselben vermittelst der exceptio oder replicatio rei iudicatae geltend gemacht wird [340]).

---

338) Z. B. von Linde, Civilpr. §. 43.

339) Brackenhöft a. a. O. S. 81.

340) Brackenhöft a. a. O. S. 81, 82. Die doppelte Wirkung des Urtheiles, nämlich die Execution und die Wirkung der exceptio oder replicatio rei iudicatae läßt die Möglichkeit zu, daß das Urtheil in Ansehung der einen Wirkung nichtig, in Ansehung der anderen giltig sei. Ob diese Möglichkeit auch rechtlich begründet sei, untersucht ausführlich Brackenhöft a. a. O. S. 82—91, auf dessen Ausführung hierdurch verwiesen wird.

III. **Einfluß des Mangels natürlich wesentlicher Bestandtheile**[341]). Dem Mangel eines natürlichen Essentiale kann nie in höherer Instanz abgeholfen werden, wie vorher schon bemerkt wurde. Nur giltige Einwilligung der Partei, welche sich auf die Nichtigkeit berufen kann, hebt, abgesehen von den Wirkungen, welche der Ablauf der für die Nichtigkeitsbeschwerde bestimmten Zeit haben kann, den Mangel. Doch darf der Mangel nicht im Inhalte des Urtheiles liegen; der Inhalt muß vielmehr die factische und rechtliche Möglichkeit der Vollstreckung zulassen. Die hier entstehende Frage, ob das Verfahren als giltig zu betrachten, oder blos dem Consens der Partei die Begründung der Verpflichtung, die Resultate des Verfahrens als bindend anzuerkennen, zuzuschreiben sei, ist, wenn der Consens vor der Beendigung des Verfahrens durch Urtheil erfolgt, für das Erstere zu entscheiden, weil die Partei hier nur auf eine Proceßhandlung oder Vertheidigung verzichtet; wenn aber der Consens erst nach dem Urtheile erfolgt, so ließe sich die Annahme der Giltigkeit des Verfahrens aus inneren Gründen nur dann vertheidigen, wenn man das Wesen eines nichtigen Urtheiles darin fände, daß zwar ein Urtheil bestehe, aber durch Berufen auf Nichtigkeit vernichtet werden könne, weil dann der Consens als Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde und auf die Einrede der Nichtigkeit anzusehen ist. Diese Ansicht würde mit der heutigen gemeinrechtlich geltenden Theorie, nach welcher der nichtige Ausspruch die Wirkung eines giltigen Urtheiles erlangt, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ausgeschlossen ist, vollkommen in Einklang stehen. Allein diese Theorie ist eine Singularität, welche das Wesen der Nichtigkeit nicht ändern darf, und es ist daher als Grundbegriff festzuhalten, daß ein nichtiges Urtheil überall kein Urtheil sei. Ungeachtet dieses dem römischen Rechte vollkommen angemessenen Satzes, gilt dennoch im römischen Rechte ein nichtiges Urtheil in Folge später ertheilten Consenses als giltig; namentlich wird in dem Falle, wenn eine ohne rechtliches Gehör verurtheilte Partei nicht sofort nach erlangter Wissenschaft dagegen protestirt, stillschweigender Consens angenommen[342]). Die Hebung der Nichtigkeit durch Consens setzt natürlich Fähigkeit der einwilligenden Partei, zu consentiren, und wenn beide Parteien sich auf Nichtigkeit

---

341) **Brackenhöft** a. a. O. S. 91—98.

342) L. 3. C. (VII. 43.) **Francke**, im Archiv für civil. Prax. Bd. XIX, S. 392—396 versteht diese Stelle von dem Falle, wenn gegen den Beklagten eine Edictalladung ausgebracht ist, er aber von derselben aus irgend einem Grunde keine Kenntniß bekommen hat, der Richter im Termine gegen den Ausgebliebenen erkannt hat; der Beklagte sei hier genöthigt, sobald er von dem gegen ihn ergangenen Urtheile Kenntniß erhalten habe, sofort gegen dasselbe Abhilfe zu suchen; diese habe er auf dem Wege der Restitution zu suchen; denn das Urtheil sei rechtskräftig. Es sei also hier von keinem nichtigen Urtheile und demnach auch von keiner Heilung der Nichtigkeit die Rede. Siehe dagegen **Linde**, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 27—29. **Brackenhöft** a. a. O. S. 92, 93, N. 7.

berufen konnten, die Zustimmung beider voraus. Nicht alle Nichtigkeiten sind der Art, daß sie von beiden Parteien gerügt werden können. Relative Nichtigkeit, auf welche nur Eine der Parteien sich berufen kann, ist vorhanden: 1) wenn diese Partei zwar sonst handlungsfähig ist [343]), aber ihr entweder überall, oder doch bei einer Proceßführung, die Fähigkeit, sich durch ihre Handlungen zu verpflichten, abgeht und der Proceß für sie nachtheilig ausfällt [344]), wogegen ein unter solchen Umständen zu Gunsten solcher Personen ausgefallenes Urtheil giltig ist [345]); 2) wenn einer Partei das rechtliche Gehör nicht verstattet worden ist; weil hier die Nichtigkeit nur dann zur Sprache kommt, wenn gegen sie erkannt ist [346]), daher auch die Nichtigkeit durch ihre alleinige Zustimmung gehoben werden kann. Man kann diese Nichtigkeit eine subjectiv-relative nennen. Außerdem kann auch eine objectiv-relative Nichtigkeit eintreten, wenn ein giltiges Streitverhältniß, dessen Resultat auch außerhalb dieses Streitverhältnisses als Gewißheit gelten würde, zu Stande gekommen ist [347]). Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Beklagte über ein Rechtsverhältniß, worüber zwischen ihm und dem Kläger ein Streit im strengen Sinne des Wortes gar nicht geführt

---

343) Denn war die Partei eine schlechterdings zu rechtlichen Geschäften oder zur Proceßführung unfähige Person und ist folgeweise Nichtigkeit eingetreten, z. B. wenn sie furiosus oder infans oder Sclave war, so ist die Nichtigkeit eine absolute. Dasselbe gilt von dem Falle der Unfähigkeit des Richters. Wenn aber zu der Zeit, wo keine Unfähigkeit den Parteien entgegensteht, die eine sich auf das Urtheil beruft, die andere es nicht als nichtig ansieht, so ist das Urtheil wirksam und es liegt kein Grund vor, der Zustimmung beider Parteien hier die Wirksamkeit zu versagen, welche der Zustimmung der einen Partei bei relativen Nichtigkeiten beiwohnt. Brackenhöft a. a. O. S. 93, N. 8.

344) Z. B. wenn ein Pupill, der infantia maior ist, ohne Tutor, ein mündiger minor ohne Curator processirt hat, oder gegen eine Stadtgemeinde, ohne daß ihr ein defensor bestellt worden, ein Erkenntniß gefällt worden ist. Wegen der Pupillen L. 54. pr. D. (42. 1.) L. 1. C. (III. 6.); wegen der Minderjährigen L. 45. §. 2. D. (42. 1.) L. 4. C. (II. 26. (27.)) L. 6. C. (VII. 43.); wegen der Stadtgemeinde (res publica) L. 1. C. de iure reipubl. (XI. 30. (29.))

345) L. 14. C. de procurat. (II. 12. (13.))

346) L. 1. §. 3. D. (49. 8.) vgl. mit L. 53. D. (42. 1.) L. 4. 5. 7. C. (VII. 43.)

347) Durch einen Rechtsstreit entsteht nämlich ein Streitverhältniß, welches die unterliegende Partei ihren Gegner zur Leistung desjenigen verpflichtet, wozu das Urtheil sie verurtheilt; davon ist zu unterscheiden das streitige Verhältniß, nämlich dasjenige Rechtsverhältniß, über welches die Parteien streiten und welches sich in jenem Streitverhältnisse als eine dessen Ausfall durch ihre Entscheidung bedingende Streitfrage gestaltet. Brackenhöft, Erört. S. 3, 4, 82 flg. Um den Ausfall des Streitverhältnisses zu bestimmen, ist zuvor die Frage zu entscheiden, ob das streitige Rechtsverhältniß existire; diese Frage wird durch das processualische Verfahren herbeigeführt, welches unter den Regeln des Processes steht und vermöge derselben eine Menge, nach dem Verhalten der Parteien verschiedener Rechte und Pflichten mit sich bringt, deren Inbegriff als das Proceßverhältniß bezeichnet werden kann. Brackenhöft a. a. O. S. 83.

werden kann, das Streitverhältniß einzugehen, also zu processiren, sich überall nicht geweigert hat, es mag übrigens das Dasein des Verhältnisses, durch welches die Fähigkeit zu einem Streite im strengen Sinne hergestellt sein würde, von dem Kläger behauptet sein oder nicht, und von dem Beklagten geleugnet sein oder nicht; oder wenn der Beklagte mit dem Kläger das Streitverhältniß einzugehen sich zwar geweigert hat, aber durch ein giltiges Urtheil dazu für schuldig erkannt worden und so das Streitverhältniß zu Stande gekommen ist, sobald nur jede Partei zur Proceßführung fähig ist, auch sonst das Verfahren an keinem Mangel leidet [348]). Unter Umständen kann auch hier die Verurtheilung nichtig oder unvollstreckbar sein [349]). Eine objectiv-relative Nichtigkeit ist auch dann vorhanden, wenn über ein rechtskräftig entschiedenes Verhältniß unter denselben Personen, zwischen welchen dieses Verhältniß rechtskräftig festgestellt worden ist, neuer Streit entsteht und gegen das frühere rechtskräftige Urtheil erkannt wird. Daß über einen rechtskräftig entschiedenen Punkt ein neues Streitverhältniß zwischen denselben Personen giltig eingegangen werden könne, kann deshalb nicht bezweifelt werden, weil nirgends ein gesetzliches Verbot der Art existirt [350]), denn die Quellen des römischen Rechtes sagen nur, daß man gegen eine rechtskräftige Entscheidung keine Einwendung mehr machen [351]) und daß man gegen einen neuen Streit über ein rechtskräftig entschiedenes Verhältniß sich mit der exceptio rei iudicatae schützen könne [352]), nicht daß man es müsse. Dagegen wird die Unzulässigkeit der Aufhebung dessen, was unter gewissen Parteien in Ansehung eines Verhältnisses rechtskräftig festgestellt worden ist, durch ein neueres Urtheil, ebenfalls anerkannt [353]), obgleich für Fälle, wo in demselben Processe eine neuere Entscheidung einer früheren rechtskräftigen Entscheidung zuwiderlief [354]). Diese

---

348) Vgl. über das Nähere Brackenhöft a. a. O. S. 87 flg. und N. 83—85.

349) Nichtig, weil sie contra ius in thesi gesprochen wäre; unvollstreckbar, weil es dem Sieger an den factischen Voraussetzungen der Geltendmachung fehlte, oder weil der Verurtheilte erwiese, daß der Kläger, bei Eingehung des Streitverhältnisses in dolo gewesen sei, oder daß das ihn zur verweigerten Eingehung des Streitverhältnisses nöthigende Urtheil unrichtig sei. Bei Theilungsklagen könnte der Verurtheilte, welcher den Mangel des Verhältnisses, von dem das Dasein eines eigentlichen Proceßverhältnisses abhängig und wegen welchen Mangels ein solches Proceßverhältniß nicht zu Stande gekommen ist, nicht gekannt hat, sich gegen die Vollstreckung der Verurtheilung aus diesem Grunde wirksam vertheidigen. Brackenhöft a. a. O. S. 94, 95 vgl. mit 87 flg. N. 84. Hierbei ist es gleichgiltig, ob der Mangel dieses Verhältnisses sich auf des Klägers oder des Beklagten Seite befindet. Brackenhöft a. a. O. S. 95.

350) A. M. ist Friederich, über die Rechtskraft §. 3, S. 27, 28. Vgl. auch Stryk, usus modern. Pandect. Lib. XLII. Tit. I. §. 20 und Almendingen, Metaphysik des Civilproc. S. 115.

351) L. 56. D. (42. 1.)

352) L. 6. D. (44. 2.)

353) L. 4. C. (VII. 45.) L. 1. C. (VII. 64.)

354) L. 1. C. (VII. 50.) welche Brackenhöft a. a. O. S. 96 ebenfalls

Aussprüche müssen wegen ihrer allgemeinen Fassung und weil sie den Fall eines neuen Streites derselben Parteien über einen unter ihnen bereits rechtskräftig entschiedenen Punkt nicht ausschließen, auch auf diesen Fall bezogen werden. Consequente Anwendung führt dann dazu, daß der bereits rechtskräftig entschiedene Punkt in einem neuen Streitverhältnisse immer wieder als bloße Streitfrage für dieses aufgestellt und von neuem entschieden werden könne, jedoch blos mit der Wirkung, dieses Streitverhältniß zu entwickeln. Die vom Beklagten gegen die Eingehung des neuen Processes vorgeschützte exceptio rei iudicatae hat jedoch die Wirkung, daß, wenn er durch die Entscheidung, es sei keine res iudicata vorhanden, obgleich solche vorliegt, zur Einlassung in den neuen Proceß genöthigt worden ist, Rescission dieser Entscheidung erlangen kann[355]). Uebrigens ist kein Urtheil als solches wirksam, insofern dessen Inhalt nicht Resultat der richterlichen Beurtheilung, sondern nur ein Ordnen dieses Resultates ist. Daher darf ein Rechnungsfehler im Urtheile jederzeit verbessert werden[356]). — Das römische Recht so wenig als das kanonische Recht kennen eine besondere Nichtigkeitsklage, querela nullitatis[357]). Allein nach der Theorie der Juristen des Mittelalters gab es wesentlich zwei Wege zur Geltendmachung einer Nichtigkeit, eine Nichtigkeitsklage durch Libell (oder Imploration) oder mittelst Einrede; sodann eine Incidentbeschwerde in Verbindung mit einer neuen Klage oder mit der Appellation in der Sache selbst. Diese Theorie haben auch die Reichsgesetze adoptirt, mit der Maßgabe, daß die Geltendmachung der Nichtigkeit an einen bestimmten Zeitraum gebunden ist, nach dessen Ablauf, wenn die Nichtigkeit nicht geltend gemacht worden ist, das nichtige Verfahren oder das darauf begründete Urtheil, sowie auch ein seinem Inhalte nach nichtiges Urtheil, wenn die Nichtigkeit nicht in seiner Unvollstreckbarkeit und Unmöglichkeit seiner Befolgung beruht, formelles Recht bildet. Die Frist zur Geltendmachung der heilbaren Nichtigkeiten ist die zehntägige Nothfrist für die Appellation, für die unheilbaren die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren[358]).

---

für diesen Grundsatz anzieht, gehört nicht hierher; diese Stelle spricht nur den auch in den Pandecten anerkannten Grundsatz aus, daß der Richter derselben Instanz sein einmal gefälltes und bekannt gemachtes Urtheil nicht wieder ändern könne, im Gegensatze der bloßen proceßleitenden Decrete, welche zurückgenommen werden können. L. 14. D. (42. 1.)

355) L. 1. pr. D. (49. 8.) Brackenhöft a. a. O. S. 96, 97.

356) L. 1. §. 1. D. (49. 8.)

357) Vgl. Heffter, Civilproceßrecht §. 477.

358) J. Reichsabschied §. 121, 122. Keine besondere Nichtigkeitsklage in Bezug auf heilbare Nichtigkeiten, sondern blos Geltendmachung derselben durch Appellation, erkennt an Francke, im Archiv für civil. Prax. Bd. XIX, S. 411. Bei heilbaren Nichtigkeiten ist eine Einrede der Nichtigkeit oder eine Incidentbeschwerde in Verbindung mit einer neuen Klage deshalb nicht wohl zulässig, weil die Geltendmachung der Nichtigkeit an die zehntägige Nothfrist gebunden ist.

IV. **Positiv wesentliche Bestandtheile und Einfluß des Mangels derselben**[359]. Nach allgemeinen Grundsätzen muß der Mangel eines jeden gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisses eines Rechtsgeschäftes eine Nichtigkeit desselben bewirken[360], auch wenn das Gesetz die Folge der Nichtigkeit nicht ausdrücklich mit einem solchen Mangel verbindet[361]. Mit Unrecht hat man daher Erfordernisse, welche nicht aus der Natur des Geschäftes fließen, als Förmlichkeiten bezeichnet und den Mangel der Förmlichkeiten in diesem Sinne nicht als Nichtigkeit angesehen. Dem römischen Rechte war auch ein Unterschied zwischen solchen Erfordernissen und den Fällen ihres Mangels unbekannt. Erst in Folge der Vorschriften der Reichsgesetze war die Auffindung eines Unterschiedes für die Erfordernisse des Processes möglich. Dieser Unterschied besteht aber nicht darin, daß der Mangel der nicht aus der Natur des Processes folgenden Erfordernisse überall keine Nichtigkeit begründet, sondern darin, daß diese im Rechtssinne immer noch als solche bestehende Nichtigkeit dennoch die Wirkungen einer solchen in Bezug auf das stattgehabte und durch ein Erkenntniß abgeschlossene Verfahren nicht übt. Da nämlich dieses Verfahren nach dem allgemeinen Begriffe vom Processe giltig ist, so ist zur Fällung eines giltigen Urtheiles ein anderes Verfahren unnöthig, und das einer Partei etwa in demselben zugefügte Unrecht kann durch Abänderung des gefällten Urtheiles gehoben werden, ist daher kein unwiederbringliches[362]. So lange aber zu dem an einem Mangel eines solchen sog. positiv wesentlichen Erfordernisses leidenden Verfahren kein Erkenntniß gefolgt ist, ist es eben so nichtig, wie ein Verfahren, welches an dem Mangel eines natürlich wesentlichen Bestandtheiles leidet, und der Richter, vor dem es stattfand, muß die nichtigen Theile dieses Verfahrens cassiren und durch ein einzuleitendes giltiges Verfahren ersetzen[363]. Die Consequenz führt freilich dazu, daß dasselbe gelten müßte, wenn auch das Verfahren bereits durch ein Urtheil abgeschlossen ist; allein diese Consequenz ist durch die Unterscheidung zwischen natürlich wesentlichen und positiv wesentlichen Bestandtheilen und durch die Verschiedenheit des Mangels derselben auf ein Urtheil aufgehoben. Denn bei Befolgung dieser Consequenz würde der Richter sein eigenes Verfahren in einer Proceßlage cassiren können, während dem höheren Richter, welchen man zur Entscheidung über das Dasein von Nichtigkeiten für zuständig hält,

359) **Brackenhöft** a. a. O. S. 98—104.

360) L. 5. C. (I. 14.) cap. 64. de regul. iur. in VI.

361) Selbstverständlich tritt keine Nichtigkeit ein, wenn das Gesetz eines Bestandtheiles nicht als eines nothwendigen, sondern als eines möglichen erwähnt.

362) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. XXXIV, §. 1.

363) Denn nach dem J. Reichsabschiede soll nur das Verfahren aus diesem Grunde nicht als nichtig betrachtet werden, wenn gegen ein darauf erfolgtes Urtheil Nichtigkeitsbeschwerde erhoben ist; im übrigen hat er es bei dem gemeinen Rechte gelassen, nach welchem in jeder Beziehung Nichtigkeit vorliegt.

diese Befugniß mangeln würde; ein Widerspruch, der nicht in der Gesetzgebung liegen kann. Hiernach ist das Resultat, daß durch ein in Ansehung seines Inhaltes mit keiner Nichtigkeit behaftetes Urtheil, welches mit allen gesetzlichen Erfordernissen ausgesprochen und bekannt gemacht ist, also auch rücksichtlich seiner Entstehung an keinem processualischen Mangel leidet, die heilbare Nichtigkeit des ihm vorhergegangenen Verfahrens (der „vorderen Processe") aufgehoben und so die eigene Giltigkeit des Urtheiles begründet wird, mithin eine Anfechtung des Urtheiles nur wegen Iniquität zulässig ist[364]. Die Fälle, wo solche positiv wesentliche Bestandtheile mangeln, oder heilbare Nichtigkeiten vorhanden sind, sind nach römischem Rechte: wenn das Erkenntniß von einem bestochenen Richter herrührt[365], wenn überhaupt die geltende Ordnung des Processes nicht beobachtet worden ist[366]; wenn, außer in geringfügigen Sachen und bei Entscheidungen des Bischofs in Sachen seiner Untergebenen, das eröffnete Urtheil nicht schriftlich verfaßt[367], wenn die Bekanntmachung nicht öffentlich in Anwesenheit

---

364) Schon vor dem J. Reichsabschiede verboten mehrere Reichsgesetze (Kammergerichtsordnung v. 1521 Tit. XXI, v. 1523 Tit. V, §. 6, 7, v. 1555 Th. III, Tit. XXXIV, §. 1 flg.) die vorigen oder vorderen Processe wegen Nichtigkeiten, welche der Partei kein unwiederbringliches Unrecht zufügen oder in bloßen Förmlichkeiten bestehen, zu cassiren.

365) L. 7. C. (VII. 64.) Ob der Fall der Prävarication des Sachwalters hierher gehört, der z. B. von Heimbach jun. im Artikel Nichtigkeit Bd. VII, S. 353 auch zu den Nichtigkeitsfällen gerechnet wird, kann bezweifelt werden. Denn wenn im Falle der bewiesenen Prävarication eine neue Verhandlung stattfinden soll (L. 1. C. (II. 7.) vgl. mit L. 1. C. (VII. 49.) so scheint dies doch vielmehr wegen Daseins eines Restitutionsgrundes einzutreten. Brackenhöft a. a. O. S. 100, N. 11.

366) L. 4. C. (VII. 45.) cap. 22. X. (1. 3.) L. 2. C. (III. 12.) vgl. mit L. 11. C. eod. Ob der Fall der sententia contra ius in thesi zu den heilbaren Nichtigkeiten zu rechnen sei, ist bestritten. Man verweist auf das darüber oben Gesagte, wornach eine sententia contra ius in thesi als an einem Mangel eines natürlich wesentlichen Bestandtheiles leidend angesehen, jedoch der Begriff des ius in thesi auf ausdrückliche Sanctionen der gesetzgebenden Gewalt beschränkt wurde. Der Unterschied einer sententia contra ius in thesi, welche eine gar nicht bestehende Rechtsnorm anwendet, oder eine bestehende als nicht vorhanden annimmt, und einer solchen sententia iniqua, welche eine bestehende Rechtsnorm unrichtig anwendet, ist an sich nicht schwierig; es kann aber im einzelnen Falle schwierig sein, zu unterscheiden, ob eine sententia contra ius in thesi vorliege, oder nur eine unrichtige Anwendung richtiger Rechtsregeln enthalte. Jedenfalls kann dann von einer Nichtigkeit des Urtheiles keine Rede sein, wenn in Ermangelung einer ausdrücklich oder direct für den der Beurtheilung unterliegenden Fall vorgeschriebenen Norm der Richter eine solche auf dem Wege der Auslegung oder Analogie findet; denn man kann nicht sagen, daß er nicht nach Rechtsnormen urtheile, und ausdrücklich verlangt das römische und kanonische Recht zur Nichtigkeit ausdrücklichen und directen Widerspruch des Urtheiles mit Rechtsnormen, eine sententia expressim, specialiter, contra iuris rigorem, contra leges etc. lata oder prolata. Vgl. Brackenhöft a. a. O. S. 100 flg., N. 12. Die Stellen sind bereits oben angeführt.

367) L. 3. C. (VII. 44.)

des officium geschehen [368]), wenn von dem vom Magistrate bestellten iudex nicht an dem vom ersteren vorgeschriebenen Tage die Publication vorgenommen worden ist [369]; nach kanonischem Rechte: wenn der Richter, statt das Urtheil den Parteien vorzulesen, es ihnen blos schriftlich übergiebt, oder, statt es sitzend vorzulesen, dies stehend thut [370]). — Das Recht, wegen Mangels positiver Essentialien sich auf Nichtigkeit zu berufen, muß, bevor das Verfahren durch ein Urtheil abgeschlossen ist, beiden Parteien zustehen [371]); nachdem das Verfahren mit dem Urtheile beschlossen ist, kann hingegen nur die Partei die Nichtigkeit geltend machen, welche zugleich Iniquität des Urtheiles in Betreff ihrer behauptet. Macht daher vor dem Urtheile keine Partei die Nichtigkeit mit Erfolg geltend, und macht ebensowenig nach dem Urtheile die Partei, welche sich auf Iniquität des Urtheiles berufen könnte, innerhalb der zehntägigen Nothfrist von der Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeit Gebrauch, so hat das Dasein eines solchen Mangels keine rechtliche Folge und insofern ist die Nichtigkeit geheilt. Dasselbe ist dann der Fall, wenn vor dem Urtheile eine Partei, oder jede Partei, oder nach dem Urtheile die zur Nichtigkeitsbeschwerde befugte Partei auf die Geltendmachung der Nichtigkeit, namentlich durch Zustimmung verzichtet; doch beschränkt sich in dem ersten dieser Fälle die Wirkung des Verzichtes auf die verzichtende Partei [372]). Ist aber der Mangel in dem Acte der Eröffnung des Urtheiles selbst vorhanden, so gilt das Urtheil als uneröffnet. Dieser Mangel kann nicht dadurch geheilt werden, daß dieser Act durch ein Urtheil abgeschlossen würde; daher sind beide Parteien die Nichtigkeit dieses Actes geltend zu machen befugt, wenn sie auch eine Iniquität des Urtheiles nicht anführen können, welche Berufung auf Iniquität nicht einmal statthaft ist, weil durch ein nicht eröffnetes Urtheil noch keine Beschwerde wegen Iniquität zugefügt worden sein kann. Wenn aber eine Partei irgend eine Handlung vornimmt, welche gegen ein solches Urtheil als ein vorhandenes und eröffnetes gerichtet ist, was Kenntniß des Inhaltes des Urtheiles

---

368) L. 6. C. (VII. 45.)

369) L. 6. C. (VII. 64.) Eigentlich bezieht sich dieses Rescript auf den alten ordo iudiciorum privatorum und die Entscheidung hat wohl darin ihren Grund, weil mit dem vom Magistrate bestimmten Tage der Publication des Urtheiles die dem iudex übertragene Gewalt zur Entscheidung aufhörte. Der Anwendung des in dieser Stelle enthaltenen Ausspruches stehen ungeachtet deren Aufnahme in die justinianeische Rechtssammlung nicht unerhebliche Bedenken entgegen.

370) Cap. 5. de sent. et re iud. in VI. (II. 14.)

371) Denn da Mängel in diesen Erfordernissen an und für sich noch keine Parteien verletzen, so läßt sich auch, in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen darüber, nicht die Berechtigung einer der Parteien allein, sich auf Nichtigkeit zu berufen, annehmen.

372) Die Wirksamkeit eines solchen Verzichtes läßt sich um so weniger bezweifeln, als nach dem Obigen selbst der Mangel eines natürlich wesentlichen Bestandtheiles durch Consens der Partei geheilt werden kann.

bei dieser Partei voraussetzt, so liegt darin nothwendig eine Anerkennung des rechtlichen Daseins des Urtheiles, und es wird dadurch die Nichtigkeit des Urtheiles in der angegebenen Art geheilt, z. B. durch Ergreifung eines Rechtsmittels, welches seiner Natur nach gegen das Urtheil gerichtet ist, wie der Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeit oder der Appellation, wird die Nichtigkeit in der Art geheilt, daß das Urtheil nur wegen Iniquität abgeändert werden kann. Daher sind auch dergleichen Nichtigkeiten in Bezug auf das Urtheil heilbar. Anders verhält sich die Sache in Bezug auf den Act der Eröffnung des Urtheiles. Die Partei darf nämlich so lange das Urtheil als ein nicht eröffnetes und nicht vorhandenes ansehen, als sie nicht ein solches Rechtsmittel ergriffen, auch nicht auf andere Art das Urtheil als eröffnet anerkannt oder auf die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht verzichtet hat; demnach können ihr die von Eröffnung des Urtheiles an laufenden Fristen, namentlich die zehntägige Nothfrist, nicht zu laufen anfangen, wenn sie auch Kenntniß von dem Urtheile erhalten haben sollte. Es kann also der Mangel hier nur durch Zustimmung der Partei geheilt werden. Dem in der ungiltigen Eröffnung liegenden Mangel kann der Richter, welcher mangelhaft bei der Eröffnung verfuhr, nur durch nochmalige Vornahme der Eröffnung in giltiger Weise abhelfen; bis dahin kann er auch das Urtheil, welches vor der Eröffnung nur als ein vom Richter für sich gefaßter Beschluß anzusehen ist, abändern. Hier kann also durch Ablauf der zehntägigen Nothfrist die Nichtigkeit nicht geheilt werden, und insofern ist sie unheilbar.

HH. Allgemeine Grundsätze des Civilprocesses. 1. Allgemeine Bestimmung der Thätigkeit des Gerichtes und der Parteien[373]). Da die Verhältnisse, um welche es sich im Civilprocesse handelt, lediglich privatrechtliche Verhältnisse der Parteien sind, so sind dieselben auch der Verfügung der Parteien unterworfen und der Richter hat damit nichts zu thun. Nur die Proceßhandlungen der Parteien nebst ihrem Inhalte allein gehen den Richter an; sein Amt verpflichtet ihn, davon Kenntniß zu nehmen, deren Niederschreibung, wo das Verfahren es nöthig macht, zu veranlassen, sie zu beurtheilen und das durch die Beurtheilung gefundene Resultat zu verwirklichen. Eine Thätigkeit des Richters in Bezug auf die Privatangelegenheiten der Parteien ist demnach überall nicht statthaft und denkbar, so lange nicht die Verfügung der Parteien über diese ihre Angelegenheiten sich in Proceßhandlungen äußert. Daraus folgt der

---

373) Gönner, Hdbch. Bd. I, Nr. 8. Gensler, Hdbch. S. 63 flg. Puchta, Grenzen des Richteramtes 1819. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Proc. Bd. I, S. 94 flg. Lotz, civil. Abhandl. S. 1 flg. Haimerl, im Archiv für civil. Prax. Bd. XVIII, S. 66. Bayer, Vorträge S. 12 flg. Brackenhöft, Erörterungen S. 355—375. Schmid, Hdbch. des Civilproc. §. 83.

Grundsatz: nemo iudex sine actore[374]). Hat aber der Verletzte einmal den Antrag auf Verleihung des Schutzes des Staates gestellt, sc giebt es verschiedene Maximen des Verfahrens, welches über die Frage, ob der Antrag begründet ist und ob die im vorliegenden Falle zur Erlangung des Staatsschutzes wesentlichen Erfordernisse vorhanden sind, einzuleiten ist, und nach diesen verschiedenen Principien gestaltet sich die Thätigkeit des Richters und der Parteien verschieden. Die den gemeinen teutschen Civilproceß beherrschende Maxime nennt man die Verhandlungsmaxime[375]) und setzt derselben die im preußischen Civilprocesse bis zur neueren Zeit vorherrschend gewesenen Untersuchungsmaxime entgegen. Nach der Verhandlungsmaxime wird der Grundsatz durchgeführt, daß die einmalige Aufforderung der Staatshilfe nicht genügt, vielmehr im ganzen Laufe des Verfahrens die Thätigkeit der Parteien verlangt wird, deren Anträge im allgemeinen die richterliche Thätigkeit bedingen und deren Grenzen bestimmen. Die Grenze der richterlichen Thätigkeit hat man durch die Regel zu bestimmen gesucht, daß alles, was von der Reflexion des Richters abhängt, der Willkür der Parteien entzogen, alles Uebrige aber von deren Willkür abhängig sei[376]), was auch insoweit seine Richtigkeit hat, als es zwar von der Willkür der Parteien abhängt, ob der Richter eine Reflexion vornehmen und worauf er sie richten, nicht aber wie er sie vornehmen und was er in deren Folge verfügen soll. Eine Modification dieser Thätigkeit des Richters tritt insofern ein, als es noch einer besonderen Aufforderung an den Richter bedarf, um ihn zur Beurtheilung der Proceßhandlungen und des Inhaltes derselben, sowie zur Anordnung dessen, was nur den Fortgang des Verfahrens betrifft, zu veranlassen[376a]). Diese Modification bezieht sich auf die Gesuche der Parteien. Man unterscheidet Sachgesuche, welche dasjenige beantragen, was der Richter hinsichtlich des streitigen Verhältnisses selbst oder in Ansehung des endlichen Resultates des ganzen Streitverhältnisses, des Processes, anordnen soll, und Proceßgesuche, welche Aufforderung des Richters zu bestimmten Anordnungen in Ansehung des Verfahrens enthalten. Ein Sachgesuch ist im gemeinen Processe von Seiten des Klägers unbedingt nothwendig, weil dadurch gerade der Anspruch aufgestellt wird, über den der Proceß mit dem Beklagten geführt werden soll. Das Sachgesuch muß so bestimmt gefaßt sein, daß die Qualität und Quantität des

374) L. un. C. (III. 7.) Nov. 53. c. 3. Nov. 112. c. 3. cap. 19. X. (2. 1.) Es wird dies auch so ausgedrückt: iudex ne procedat ex officio, oder: es giebt kein Verfahren von Amtswegen.

375) Dies hat zuerst Gönner a. a. O. gethan.

376) Gönner, Hdbch. Bd. I, N. 10, §. 4 flg.

376a) Die bloße Ueberreichung der Klage genügt z. B. nicht, um den Richter zu deren Mittheilung an den Beklagten und zu der Auflage an diesen, die Klage zu beantworten, zu veranlassen, sondern es ist ausdrücklich um diese Verfügung zu bitten.

Gegenstandes des Processes sich daraus in dem Grade ergiebt, daß eine der Execution fähige Verurtheilung darauf gegründet werden kann. Doch ist nicht nothwendig, daß diese Bestimmtheit in jeder Beziehung mit ausdrücklichen Worten und Zahlen hergestellt sein müsse; vielmehr kann das Sachgesuch aus dem übrigen Vorbringen des Klägers ausgelegt werden, sowie auch eine spätere genauere Bestimmung durch Schätzung stattfinden. Ergeben sich hieraus bestimmte Grenzen des Sachgesuches, so ist der Richter insofern daran gebunden, daß er den Beklagten auf nicht mehr verurtheilen kann, es gilt der Grundsatz der Verhandlungsmaxime: iudex ne eat ultra petita partium[377]). Enthält das Sachgesuch ein bestimmtes Resultat, welches zu einem geringeren Anspruche führt, als derjenige ist, welcher aus dem übrigen Theile des klägerischen Vortrages folgt, so entscheidet richterliche Auslegung, ob der Kläger jene Beschränkung des Sachgesuches wirklich beabsichtigt habe und ob demnach die richterliche Befugniß vermöge des angegebenen Grundsatzes beschränkt sei[378]). Denn auch bei der Ver-

377) L. 18. D. (10. 3.) — ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere iudicis potestas non potest. Im §. 34. Inst. (4. 6.) wird blos eine Verbesserung des gestellten Antrages gestattet und in L. 1. §. 3. C. (III. 10.) wird nur gesagt, daß es auf eine unrichtige Schätzung und Berechnung nicht ankomme, sondern der Richter, einen Antrag auf Zuerkennung überhaupt vorausgesetzt, die richtige Berechnung zu machen habe. L. 2. §. 1. C. (III. 10.) spricht nur aus, daß die Forderung eines Wenigeren als gebührt, nicht die nachtheiligen Folgen der Zuvielforderung habe, indem der Mehrbetrag entweder in eodem iudicio (§. 34. Inst. (4. 6.) oder in alio iudicio gefordert werden dürfe. Schmid, Hdbch. §. 83, N. 5.

378) Wenn nach dem Reichsdeputationsabschiede v. 1600 §. 30 der Richter zwar weniger, aber nicht mehr als gebeten worden, zuerkennen darf, so kann der Grund davon nur darin liegen, daß der Kläger, in diesem Processe wenigstens, nicht mehr hat zuerkannt haben wollen, wenn ein größerer Anspruch aus den Acten hervorgeht. Wenn von dem, was nach der Sachlage Kläger in Anspruch nehmen darf, etwas ausgeschlossen sein soll, so bedarf es dazu einer bestimmten Absicht des Klägers. L. 61. D. (5. 1.) Der wörtliche Inhalt des klägerischen Gesuches kann über diese Absicht allein nicht entscheiden. Liegt der Grund, weshalb das Gesuch nicht auf das gerichtet ist, was der Kläger nach der Lage der Sache und der Acten fordern kann, in der Unschlüssigkeit des Gesuches, so ist die Klage abzuweisen. Ist dies nicht der Fall und es sind zu der Annahme einer vom Kläger beabsichtigten Beschränkung seines Anspruches keine hinreichenden Gründe vorhanden, so ist der specielle wörtliche Inhalt des Gesuches als eine nicht beabsichtigte Unrichtigkeit zu verwerfen, das Gesuch als ein allgemeines aus dem übrigen Inhalte der Klage zu ergänzendes zu betrachten und das Richtige zuzuerkennen. Brackenhöft a. a. O. S. 358 flg., N. 14. A. M. ist Sintenis, Erläut. des Civilproc., der ein generelles Gesuch überhaupt für unzulässig hält. Ebenso kann nur auf diesem Wege es gerechtfertigt werden, wenn im Falle einer Zuvielforderung die Klage aufrecht erhalten und das Richtige zuerkannt wird. Ist aber in der That nicht durch Interpretation zu ermitteln, ob Kläger das Richtige haben will, dann kann der Richter Aufklärung von ihm verlangen, sowie der Beklagte mit der sog. exceptio libelli obscuri, und ergiebt sich dann, daß Kläger das Richtige nicht wolle, sondern das gebotene Unrichtige, so kann die Klage immer noch abgewiesen werden. Brackenhöft a. a. O.

handlungsmaxime gilt der Grundsatz: ut, quae desunt advocatis partium, iudex suppleat; vermöge dessen der Richter auch von der von einer Partei zu ihrem Nachtheile vorgenommenen rechtlichen Beurtheilung ihres Verhältnisses abgehen und ein günstigeres Resultat, als das von ihr aufgestellte, für sie eintreten lassen darf[379]), soweit nicht der Grundsatz: ultra id, quod in iudicium deductum est, iudicis potestas excedere non potest[380]), und der bestimmte Wille der Partei ihm darin Grenzen setzt. Ein Sachgesuch von Seiten des Beklagten, insoweit es blos die Zurückweisung der Klage oder die Entbindung von derselben bezweckt, ist nach gemeinem Rechte nicht mehr für erforderlich zu halten[381]). Ein Proceßgesuch ist nur nothwendig, wenn eine Partei auf Anordnung eines Verfahrens anträgt, zu welchem sie durch besondere mit dem fraglichen Verhältnisse oder dem Verfahren darüber nur zufällig verbundene Umstände befugt sein muß[382]). Einen ausdrücklichen Antrag der Parteien auf jede processualische Anordnung, wenn der Richter sie treffen soll, kann man nicht verlangen[383]), weil sonst der Richter selbst die der Proceßlage angemessenen processualischen Anordnungen ohne Antrag nicht treffen könnte und in Beziehung auf das Verfahren nur auf die Zurückweisung der den Proceßgesetzen zuwiderlaufenden Handlungen und Anträge beschränkt sein würde. Dagegen ist eine andere Modification der Verhandlungsmaxime, die darin liegt, daß der Richter, dessen Thätigkeit einmal wegen eines bestimmten streitigen Verhältnisses angerufen ist, seine Amtsthätigkeit nicht blos auf die vorkommenden Proceßhandlungen der Parteien richtet, sondern selbst die Parteien veranlaßt, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche Voraussetzungen für seine Amtsthätigkeit, wenn man letztere in der angegebenen Begrenzung auffaßt, im gemeinen Processe vermöge der demselben zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime nicht begründet[384]), wohl aber

379) L. un. C. ut, quae desunt. (II. 10. (11.))

380) L. 18. D. (10. 3.)

381) Brackenhöft a. a. O. S. 360, N. 17. Hinsichtlich der Einreden bedarf es dessen um so weniger, als schon deren Stellung als dilatorischer oder peremtorischer den Zweck, welchen Beklagter dabei verfolgt, genügend anzeigt. Die Reichsgesetzgebung sagt in Bezug auf Einreden und Repliken nur, die Partei solle sie anzeigen, einlegen, fürbringen. Kammergerichtsordnung v. 1555 Th. III, Tit. XXIV, §. 24, 27, 28. J. Reichsabschied §. 37, 38, 40, 70.

382) Z. B. wenn Verhängung der Folgen des Ungehorsams, eine Fristverlängerung (wegen letzterer s. Gönner, Hdbch. Bd. I, N. 10, §. 16), oder ein summarisches Verfahren beantragt wird, weil hier die Partei die Wahl hat, ob sie das Contumacialverfahren oder das summarische Verfahren einleiten, die Frist haben will oder nicht. Vgl. vorzüglich Sintenis, Erläut. d. Civilpr. S. 629 flg.

383) Im reichskammergerichtlichen Verfahren war dies nothwendig. Brackenhöft a. a. O. S. 361, N. 19.

384) Z. B. der Beklagte antwortet nicht auf die Klage, führt also die Voraussetzung nicht herbei, unter welcher allein der Richter ohne weiteren Antrag des Klägers die fernere Verhandlung in der Sache veranlassen kann; auch trägt der Kläger nicht darauf an, daß der Beklagte zur Beantwortung ange-

in einzelnen Particularrechten [385]). Eine dritte Modification der Verhandlungsmaxime könnte insofern eintreten, als der Richter auch an denjenigen Handlungen der Parteien Theil nähme, welche zu deren Vorbereitung für die Proceßhandlungen dienen [386]). Allein nach gemeinem Rechte ist eine solche Theilnahme des Richters unstatthaft; bedarf eine Partei zur Vorbereitung ihrer Proceßhandlungen einer Leitung oder eines Beistandes, so findet sie diese gemeinrechtlich bei den Advocaten; der preußische Proceß wich früher dadurch ab, daß er bei einem Theile dieser Vorbereitungen der nicht mit einem Beistande versehenen Partei in einer Richterperson einen Beistand zuordnete und insofern unter dem Namen der Instruction oder Information, eine Vereinigung einer richteramtlichen vorbereitenden Thätigkeit mit der der Partei verlangte, und diese Thätigkeit zu einer eigenthümlichen Proceßhandlung gestaltete [387]). Bei der gemeinrechtlichen Verhandlungsmaxime sind die lediglich von der Parteiwillkür abhängigen Punkte folgende [388]): 1) ob ein gesetzlich erlaubter Proceß stattfinden, also ob er eingeleitet, fortgesetzt und beendigt werden soll, d. h. ob die zu diesen Zwecken dienenden rechtlichen Mittel gebraucht werden sollen oder nicht; 2) über welches rechtliche Verhältniß processirt werden soll; 3) inwiefern die ganze Quantität des Anspruches, welcher aus dem angegebenen rechtlichen Verhältnisse folgt, im Processe verfolgt werden soll; 4) welche natürlichen Thatsachen im concreten Falle zur Begründung jenes rechtlichen Verhältnisses gebraucht werden sollen; 5) welche von diesen natürlichen Thatsachen, sofern sie der Vergangenheit angehören, oder sich in Bezug auf die richterliche Wahrnehmung wegen sonstiger Umstände in der Lage befinden, daß sie von derselben ausgeschlossen und nicht etwa notorisch sind, in der Art streitig sein sollen, daß sie einer Beweisführung bedürfen; 6) welche Mittel zu dieser Beweisführung

---

halten oder mit der Antwort ausgeschlossen und ohne dieselbe weiter verfahren werde. Nach dem gemeinrechtlichen Verhandlungsprincipe steht hier die Sache still.

385) So findet sich im preußischen Civilprocesse die Befugniß des Richters, ungeachtet der Unthätigkeit der Parteien das Fortschreiten des Verfahrens zu bewirken, nach der wirklichen Anstellung der Klage, wenn nicht gesetzlich ein Verzicht des Klägers auf die Fortsetzung des Processes anzunehmen ist, und wenn der Beklagte ebenfalls unthätig bleibt; es kann also ein Contumacialverfahren eintreten, ohne daß es ausdrücklich beantragt worden ist. Es folgt dies aus der allgemeinen preußischen Gerichtsordnung Einl. §. 20. S. Brackenhöft a. a. O. S. 363 flg. Auch einige neuere sächsische Proceßgesetze lassen die Nachtheile des Ungehorsams ohne Antrag auf deren Verhängung eintreten. Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 65, N. 10. §. 86, N. 5. §. 87, N. 5.

386) Z. B. der Richter wäre der Partei behilflich, in den von ihr vorgebrachten natürlichen Thatsachen das richtige juristische Factum und die damit verbundenen rechtlichen Wirkungen zu ermitteln.

387) Brackenhöft a. a. O. S. 363 flg. und die Noten 30—33.

388) Brackenhöft a. a. O. S. 366 flg.

gebraucht werden sollen [389]). Nicht genau festgestellt werden die Hauptunterschiede der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime, wenn man sie darin setzt, 1) daß bei jener der Richter nichts von Amtswegen thue, bei dieser alles, sowie er nur einmal aufgefordert sei; 2) daß bei jener die Handlungen der Parteien Bedingung des Verfahrens und des Fortganges desselben, bei dieser nur Mittel zur Beförderung seien; 3) daß bei jener die Parteien zunächst oder hauptsächlich, bei dieser zunächst der Richter handle; 4) daß bei jener die Parteien verhandelten und bewiesen und der Richter nur das von ihnen Dargebrachte benutzen könne, daß aber bei dieser der Richter untersuche und alle Mittel anwende, durch welche er Ueberzeugung zu erlangen hoffe, und welche ihm als Richter in dieser Sache auf irgend eine Art zugekommen seien [390]). — Die Anträge der Parteien hat der Richter bei beiden Maximen unter die Gesetze zu subsumiren und alles, was rein zur richterlichen Reflexion gehört, von Amtswegen vorzunehmen. Die Resultate der richterlichen Reflexion können bald processualische, bald außerprocessualische Wirkungen, die er als begründet oder vorhanden, oder als unbegründet oder nicht vorhanden anerkennt, sein. Die richterlichen Verfügungen in Ansehung der ersteren sind Ausfluß des richterlichen Proceßleitungsamtes. In Ansehung der letzteren ist zu bemerken, daß ein an sich begründetes Gesuch des Klägers, welches auf dasjenige, was nach der Natur des zum Gegenstande eines Rechtsstreites gemachten oder in iudicium deducirten Rechtsverhältnisses in Anspruch genommen werden kann, ausdrücklich und speciell gerichtet ist, unter Umständen eine gewisse Modification in der Verurtheilung erleiden muß; sei es nun, um unter

389) In denselben Punkten ist der Richter auch nach dem preußischen sog. Untersuchungsprocesse durch die Parteiwillkür beschränkt, jedoch mit der Modification zu 1) daß, sobald es einmal zur wirklichen Klaganstellung gekommen ist, Fortsetzung und Beendigung des nicht aufgegebenen Processes nicht von der Parteiwillkür abhängt; zu 6) daß der Richter den Parteien nicht allein die Verfügung über die Beweismittel überläßt.

390) Diese Unterschiede bei der Maxime stellt auf Gönner, Hdbch. Bd. I, N. 8, §. 11. Allein zu 1) ist es nicht richtig, daß der Richter bei der Verhandlungsmaxime nichts von Amtswegen ohne Antrag der Parteien thue, sobald nur Proceßhandlungen vorliegen; denn dasjenige, was die Proceßlage erfordert, ordnet er allerdings unaufgefordert an. Nur trifft er keine neue derartige Anordnung, wenn die Parteien aufhören, sich den bereits getroffenen Anordnungen dadurch anzuschließen, daß sie ihnen entweder Folge leisten, oder deren Befolgung verlangen. Dies thut aber der Richter nach dem Untersuchungsprincipe, nachdem es zur eigentlichen Klaganstellung gekommen ist, und nur insofern läßt sich zu 2) die Thätigkeit der Parteien als bloßes Beförderungsmittel, zu 3) der Richter als hauptsächlich handelnder Theil bezeichnen. Zu 4) ist das Untersuchen des Richters, wenn darunter mehr verstanden wird, als die Kenntnißnahme von dem von den Parteien dargebrachten Stoffe, das Veranlassen der Parteien zur Darbringung dieses Stoffes, und das Ordnen desselben, darauf beschränkt, daß er die Vorbereitung der Parteien für den eigentlichen Streit leitet und durch seine Beurtheilung und die Benutzung von Beweismitteln unterstützt. Brackenhöft a. a. O. S. 367 flg.

den gegebenen Umständen den Anspruch des Klägers vollständig zu verwirklichen, oder um Rechte des Beklagten aufrecht zu erhalten und zu sichern. Die Pflicht des Richters, solche Modificationen auch ohne ausdrücklichen Antrag des Klägers oder des Beklagten eintreten zu lassen, beruht ebenfalls auf dessen Pflicht zur Auslegung der Parteianträge und auf der Regel: ut, quae desunt advocatis partium, iudex suppleat. Sie sind theils durch die Umstände gegebene Consequenzen des klägerischen Gesuches, theils ebenfalls durch die Umstände gebotene Gegenleistungen des Klägers im Verhältnisse zu der dem Beklagten abverlangten Leistung. Im römischen Rechte werden sie als solche Punkte bezeichnet, quae officio iudicis continentur oder arbitratu iudicis geordnet werden [391]). Das Berufen auf die Gegenleistungen des Klägers ist im neuesten römischen Rechte der Sache nach das Vorschützen einer Exception [392]), und im heutigen Processe eine Vertheidigung durch Einreden. — In Ansehung der Einreden überhaupt wird im allgemeinen der Grundsatz aufgestellt, daß der Richter sie nicht von Amtswegen ergänzen oder geltend machen könne [393]). Dies gilt jedoch nicht von solchen Einreden, wodurch processualische Mängel gerügt werden, weil der Richter vermöge seines Proceßleitungsamtes verpflichtet ist, ein mangelhaftes Verfahren zu hindern, selbst wenn die Parteien es sich gefallen lassen wollen [394]). Dagegen gilt jene Regel allerdings von solchen Einreden, welche eine Vertheidigung in der Sache selbst zum Zwecke haben. Es ist zwar nicht erforderlich, daß der Beklagte die Einrede als solche namentlich bezeichnet habe [395]), noch ist es genügend, daß die die Einrede begründenden thatsächlichen Momente auf irgend eine

---

391) Z. B. §. 1. 3. Inst. (IV. 17.) L. 10. §. 1. D. (4. 2.) Diese Ausdrücke sagen allerdings nur so viel, daß der iudex diese Punkte berücksichtigen dürfe, auch wenn dies ihm nicht in der Formel vorgeschrieben ist; es ist aber doch etwas besonderes, daß sie bei Eingehung dieses Streitverhältnisses nicht ausdrücklich zu erwähnen sind, sondern sich von selbst verstehen. Brackenhöft a. a. O. S. 369. Derselbe zählt auch die dazu gehörigen Punkte auf.

392) Brackenhöft a. a. O. S. 370. A. M. ist Sintenis, Erl. des Civilproc. S. 609, 610, N. 1. Im Formularprocesse war es keine Exception. Brackenhöft ebd.

393) Gönner, Hdbch. Bd. I, Nr. 10, §. 13. Linde, Civilpr. §. 160 u. A.

394) Brackenhöft a. a. O. S. 371. Dagegen beschränken Bayer, Vorträge S. 357 und Linde a. a. O. §. 160 dies auf solche Mängel, welche unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben. S. dagegen Brackenhöft a. a. O., welcher mit Recht erinnert, daß der Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten erst dann eintrete, wenn nach gefälltem Urtheile die Nichtigkeit schon besteht, also solche nicht mehr abgewendet werden kann. Wenn indeß eine solche, processualische Mängel rügende, Einrede blos auf einem Umstande beruht, welcher von der Pflicht, auf den Proceß schon jetzt sich einzulassen, befreit (exceptio dilatoria der Römer), so fällt, wenn der Beklagte sich auf den Proceß eingelassen hat, die richterliche Befugniß zur ungeforderten Berücksichtigung weg.

395) Bayer, Vorträge S. 360.

Weise in den Verhandlungen vorgekommen oder in den Acten enthalten seien[396]). Vielmehr muß der Beklagte seine Absicht, sich dieser Momente zu seiner Vertheidigung bedienen zu wollen, auf irgend eine Weise an den Tag gelegt haben, was dann der Fall ist, wenn er die die Einrede begründenden Thatsachen der Klage entgegengesetzt, oder, wenn dieselben in dem Vortrage des Klägers enthalten waren, sich darauf berufen hat, an einem solchen Orte und zu einer Zeit, wo die Benutzung einer solchen Einrede nicht ausgeschlossen ist[397]). Die besondere Befugniß, welche Manche dem Richter hinsichtlich der Einrede der Verjährung eingeräumt haben, indem er solche von Amtswegen berücksichtigen könne[398]), ist in den Rechtsquellen nicht begründet[399]). Das

396) Brackenhöft a. a. O. S. 371. Die entgegengesetzte Meinung von Sintenis, Erläut. des Civilproc. S. 389, welcher es hinsichtlich eines Umstandes, welcher durch Einrede zwar auch geltend gemacht werden kann, auf die absolute rechtliche Wirksamkeit des gegenüberstehenden Rechtes und deren Beurtheilung aber schon nach gesetzlicher Bestimmung von Einfluß ist, für gleichgiltig erachtet, wie und wenn er in die Acten gekommen ist, wenn er nur absolut juristisch feststehe, dürfte schon deshalb keine Billigung verdienen, weil dies mit den Grundsätzen der Eventualmaxime einerseits, und mit den zum Vorbringen der Vertheidigungsmittel andererseits bestimmten Fristen und Proceßstadien nicht vereinbar ist. Z. B. Beklagter führt längst, nachdem das Proceßstadium, in welchem die Einreden vorgebracht werden müssen, vorüber ist, an, daß er minderjährig sei und sich deshalb zu der von dem Kläger geltend gemachten Forderung nicht habe verpflichten können, oder Beklagter beruft sich in einem späteren Proceßstadium darauf, daß die vom Kläger verfolgte Forderung aus einem lusus aleae herrühre. Wenn Kläger selbst freilich, auch in einem späteren Proceßstadium, wo Einreden regelmäßig nicht mehr vorgeschützt werden dürfen, Umstände anführt, welche seinen Anspruch zu zerstören geeignet sind, so bedarf es allerdings einer Berufung des Beklagten darauf überall nicht, da solche Anführen für Geständnisse anzusehen sind, welche Kläger zu seinem Nachtheile abgelegt hat, welche der Richter, auch ohne daß es einer Acceptation von Seiten des Beklagten bedarf, berücksichtigen muß, sie mögen in jeder Lage des Processes abgelegt sein.

397) S. Bayer, Vorträge S. 361 flg.

398) Ueber die Literatur über die Streitfrage, ob die Einrede der Verjährung (es kann nur hier die Klagenverjährung gemeint sein) vgl. Linde, Civilproc. §. 160, N. 1.

399) Das römische Recht betrachtet die Einrede der Klagenverjährung als eine praescriptio, auf welche sich Beklagter ausdrücklich berufen muß, wenn in der formula darauf Rücksicht genommen werden soll. Abgesehen davon, daß dies aus dem Titel der Digesten de diversis temporalibus praescriptionibus XLIV. 3. besonders aus L. 10. pr. L. 13. pr. hervorgeht, muß schon deshalb eine Berücksichtigung der Einrede der Klagenverjährung von richterlichen Amtswegen ausgeschlossen sein, weil das römische Recht selbst bei Temporalklagen den vor dem Ablauf der zur Anstellung der Klage bestimmten Zeit hergenommenen Einwand ausdrücklich als exceptio bezeichnet, der daher jedenfalls der formula inserirt werden mußte, wenn er vom iudex berücksichtigt werden sollte, was ein ausdrückliches Berufen des Beklagten in iure darauf voraussetzt. L. 1. §. 10. D. (15. 2.) Quaesitum est apud Labeonem: Si, cum filius viveret, tu credens eum mortuum, annali actione egeris, et, quia annus praeterierat, exceptione sis repulsus — nam priore iudicio de in rem verso recte actum est, quia annalis exceptio ad peculium, non ad in rem versum, pertinet. Es ist

Besondere der Ansicht, welche die Berücksichtigung dieser Einrede von Amtswegen annimmt, kann, da doch immer verlangt wird, daß der thatsächliche Grund derselben aus den Acten hervorgehe, nur darin bestehen, daß, wenn dieser Grund auch nur allein aus dem Vortrage des Klägers erhellte, die Klage zurückzuweisen oder der Beklagte von derselben zu entbinden sei[400]). Einen allgemeinen rechtlichen Grund, dem Richter bei dieser Einrede eine größere Unabhängigkeit von dem Verhalten der Parteien zu geben, als bei anderen Einreden, z. B. bei der der Zahlung, giebt es nicht[401]). Einzelne Particulargesetze haben jedoch die hier verworfene Ansicht adoptirt[402]). — Die dem Richter insbesondre obliegende Proceßleitung[403]) besteht in derjenigen Thätigkeit des Richters, welche auf die Aufrechthaltung der nothwendigen Ordnung und Gesetzmäßigkeit des Verfahrens gerichtet ist. Demnach liegt dem Richter ob: 1) seine Zuständigkeit, die Legitimation der Parteien sowohl, als der Nebenpersonen und ob der Streitgegenstand sich zur Cognition des Civilgerichtes eigene, zu prüfen; 2) jede Handlung nach Form und Inhalt nach dem Gesetze zu beurtheilen und darnach entweder zurückzuweisen, zu verstatten, oder die Verbesserung aufzuerlegen. Ergänzung unvollständiger und Aufhellung dunkler Anträge kann der Richter von Amtswegen verlangen und zu diesem Zwecke sein Fragerecht ausüben, wobei er sich aber innerhalb der Grenzen der gestellten Anträge zu halten und auf die zu Begründung der Anträge einer Vervollständigung oder Erklärung bedürfenden Thatsachen zu beschränken hat[404]); 3) hat der Richter jeder Partei die gesetzlich vorgeschriebene Veranlassung zu

---

daher der Unterschied, welchen Schroeter, comm. de temporis vi in actionibus et interdictis tollendis. Jen. 1827 zwischen temporales und perpetuae actiones hinsichtlich der Verjährung insofern macht, daß erstere wegen entgegenstehender Verjährung von Amtswegen vom Magistrat zurückgewiesen worden wären und noch jetzt zurückgewiesen werden müßten, letztere aber nicht, unbegründet. Da hiernach bei Temporalklagen bei den Römern wegen Verjährung eine Zurückweisung von Amtswegen nicht statthaft war, so sind die perpetuae actiones ganz in gleicher Weise zu behandeln.

400) Sintenis, Erläut. S. 403—416 will die Einrede der Klagenverjährung von Amtswegen beachtet wissen, wenn aus dem Vortrage des Klägers die wirkliche Verjährung, nämlich nicht blos der Ablauf der Verjährungszeit, sondern auch der ununterbrochene Lauf der Verjährung während dieser Zeit hervorgeht. Da indeß nach dem in der vorigen Note Bemerkten diese Einrede eine wirkliche exceptio ist, auf welche sich Beklagter berufen muß, so kann auch nicht einmal eine Pflicht Klägers, dieser Einrede im voraus zu begegnen, angenommen werden.

401) Brackenhöft a. a. O. S. 372 flg., der auch die weiteren für die Beachtung dieser Einrede von Amtswegen geltend gemachten Gründe widerlegt.

402) So Const. elect. Saxon. 25. P. I. v. 1572.

403) Vgl. darüber Gönner, Hdbch. Bd. I, Nr. 9, 10. Puchta, über die Grenzen des Richteramtes S. 27 flg. Desselben, Proceßleitungsamt 1836. Linde, Civilpr. §. 162—166. Brackenhöft, Erört. S. 459 flg. Schmid, Hdbch. §. 83.

404) Cap. 10. X. (2. 22.) Cap. 2. Clem. (V. 11.) Vgl. besonders Sintenis, Erläut. des Civilproc. Nr. 7, S. 365—638.

geben, den zur Begründung ihrer Anträge nothwendigen Stoff vorzubringen; 4) die der Sachlage angemessenen processualischen Verfügungen genau, namentlich unter der nöthigen Zeitbestimmung, soweit solche nicht schon durch das Gesetz erfolgt ist, zu treffen; 5) diese Verfügungen durch die passenden Mittel zur Wirksamkeit zu bringen; 6) alles zu entfernen, wodurch eine Nichtigkeit des Verfahrens entstehen würde, und für die Aufrechterhaltung der nothwendigen Formen und Bestandtheile des Verfahrens zu sorgen; 7) für ordnungsmäßiges[405]) Actensammeln zu sorgen, auch nöthigenfalls Acten eines anderen Processes den jetzigen Proceßacten beizulegen (adjungiren)[406]), jedoch auch

---

405) Dazu gehört auch, daß der Richter oder in dessen Auftrage der Actuar die Zeit der Eingabe der Parteischriften durch Bemerkung des Jahres, Monates und Tages, und wenn es auf Beobachtung von Nothfristen ankommt, auch der Stunde, auf der eingereichten Schrift beurkunde, welche Bemerkung der Zeit der Eingabe das Praesentatum genannt wird und gewöhnlich mit den Worten praesentatum oder exhibitum oder productum geschieht, und da sie nur bezweckt, die Zeit der Eingabe bei Gericht in Gewißheit zu setzen, über die Zulässigkeit der Schrift nichts entscheidet, daher solche ungeachtet der Präsentation immer noch als proceßwidrig zurückgewiesen werden kann. Gönner, Hdbch. Th. I, Nr. 9, §. 7. Hat der Richter die Zeit der Eingabe zu bemerken unterlassen und solches auch nachträglich nicht gethan, was für zulässig zu achten ist, da die sofortige Präsentirung unmittelbar nach der Eingabe nicht vorgeschrieben ist, wie die sofortige Aufnahme eines Protocolles, so streitet keine Präsumtion für die zeitige Einreichung (welche Gönner a. a. O. §. 8 und Gensler, im Archiv f. civil. Prax. Bd. III, S. 54 flg. allgemein, Danz, ordentl. Proc. §. 89 wenigstens bei einem unvollständigen Präsentatum annehmen) und es kann deshalb auch nicht, wie Gesterding, im Archiv f. civil. Prax. Bd. XIV, S. 452 flg. will (s. dagegen Linde ebd. Bd. XV, S. 80 flg.), Sache des Gegners, welcher zu späte Einreichung einer Schrift behauptet, sein, die verspätete Uebergabe zu erweisen, sondern es hat die Partei, welche die Schrift eingereicht hat, die zeitige Uebergabe derselben auf andere Weise darzuthun, zu welchem Beweise ein amtliches Zeugniß des Richters genügt. Brackenhöft, Erört. S. 464 flg. Schmid a. a. O. §. 83, N. 11.

406) Die Adjunction der Acten setzt regelmäßig einen darauf gerichteten Antrag einer oder beider Parteien voraus. Von Amtswegen ist sie nur dann zulässig, wenn sie in Ansehung solcher Momente benutzt werden sollen, für deren Herstellung der Richter unaufgefordert thätig sein muß, wie die Giltigkeit des Verfahrens, die Erkundung von Rechtsnormen. Eine Befugniß zur Actenadjunction von Amtswegen außer diesem Falle läßt sich weder aus L. 2. C. (II. 1.) ableiten, wo nur gesagt wird, daß die Edition öffentlicher Acten gefordert werden dürfe, noch aus L. 45. §. 8. D. (49. 14.), wo officium nicht das richterliche Amt, sondern, wie aus §. 9. eod. hervorgeht, das Canzleipersonal bedeutet. Geschieht die Adjunction auf Antrag einer Partei, so ist der Inhalt der beigefügten Acten in Bezug auf den jetzigen Proceß eben so anzusehen, als wenn diese Partei denselben zum Inhalte einer Proceßschrift gemacht hätte. Die Wirkung der im früheren Processe gebrauchten Beweismittel und ertheilten Entscheidungen muß im vorliegenden Processe nach den allgemeinen Grundsätzen über den Umfang der Beweiskraft jener und der Rechtskraft dieser bestimmt werden. Nur die eigenen Erklärungen der die Adjunction beantragenden Partei im früheren Processe sind durch das Berufen auf die Acten des früheren Processes unbedingt als im jetzigen wiederholt anzusehen. Es wird aber vorausgesetzt, daß die Adjunction so zeitig gesucht werde, daß der Inhalt der adjungirten Acten als

aus Gründen Actenstücke zu entfernen. Die Verfügungen des Richters in Bezug auf die Proceßleitung heißen Decrete, Resolution, und da der Ausdruck Decrete öfters auch in einem weiteren Sinne genommen wird, in welchem er auch die Erkenntnisse mit umfaßt, auch wohl proceßleitende Decrete[407]). Für die Beendigung des Processes durch Vergleich muß der Richter durch den sog. Güteversuch (Sühneversuch) thätig werden[408]). — Häufig fügt eine Partei ihrem Vortrage die Bitte hinzu, daß, wenn sie ein besseres Gesuch hätte stellen können, der Richter so verfügen möge, wie es diesem entsprechend sei (sog. clausula salutaris). Die Reichsgesetze enthalten dafür eine bestimmte Form[409]) und legen ihr die Wirkung bei, daß nun das Gericht „unangesehen daß die in specie gethane Begehr nicht förmlich noch schließlich ist, auf die fürbrachte Narrata erkennen sollen, was darauf von Rechtswegen zu erkennen sich gebührt und der Supplicant in specie bitten hätte sollen oder mögen." Welche Wirkung diese Clausel habe, ist bestritten[410]). Richtiger ist indeß die Ansicht, daß sie überflüssig und ihr keine besondere Wirkung beizulegen sei. Denn es bedarf dieser Clausel nicht in den Punkten, wo der Richter schon von Amtswegen thätig sein muß und darf; in anderen Fällen kann sie den Richter nicht zu Handlungen von Amtswegen berechtigen, die er nicht schon nach dem Gesetze vorzunehmen befugt wäre[411]). Der Unterschied zwischen officium iudicis mercenarium und nobile, der darin gesetzt wird, daß der Richter ersteres ad instar mercenarii, qui ex praescripto agit, letzteres proprio motu und zwar in besonders begünstigten Angelegenheiten übe, wie in denen der sog. personae miserabiles, ist ohne Bedeutung[412]).

Parteivortrag, bezüglich als Beweismittel im jetzigen Processe noch hätte gebraucht werden können, mithin der Parteivortrag, bezüglich der Beweis, welcher durch die adjungirten Acten geliefert werden soll, im jetzigen Processe noch nicht versäumt sei, es sei denn, daß beide Parteien in die Adjunction willigen. Brackenhöft a. a. O. S. 465, 466. Schmid a. a. O. §. 83, N. 12. Nur die in den früheren Acten enthaltenen Erklärungen der die Adjunction derselben verlangenden Partei zu ihrem Nachtheile gelten unbedingt auch für den jetzigen Proceß, die Adjunction mag gesucht sein wenn sie will.

407) Siehe den Artikel Decrete.

408) Vgl. den Artikel Güteversuch.

409) Reichsabsch. v. 1551 §. 32.

410) Selbst die Reichsgesetze haben sich verschieden ausgesprochen. Brackenhöft, Erört. S. 374 und N. 85 daselbst.

411) Heffter, Civilproc. §. 260. Dagegen legt Brackenhöft a. a. O. S. 374 ihr wenigstens die Wirkung bei, daß sie eine von der Sachlage nicht angemessene Beschränkung des Sachgesuches ausschließe, wiewohl sie den Mangel eines erforderlichen ausdrücklichen Proceßgesuches nicht ersetzen könne. Indessen wird auch in ersterer Beziehung die Clausel nichts helfen, wenn der Richter durch Auslegung des fraglichen Parteivortrages nicht helfen kann; es wird dem Richter immer nur übrig bleiben, durch Befragung der Partei Aufklärung über das, was sie wirklich gewollt hat, zu verlangen. In mehreren sächsischen Proceßgesetzen ist die Clausel für überflüssig erklärt. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 66.

412) Brackenhöft a. a. O. S. 374 flg.

II. Eventualmaxime[413]). Das Verhältniß der einzelnen im Processe vorkommenden Handlungen zu einander kann ein bedingendes sein, so daß in Bezug auf die Proceßverhandlung die eine die vorhergehende Vornahme der anderen voraussetzt, sei diese eine Handlung derselben Partei oder des Gegners; dann muß die bedingende Handlung der anderen bedingten stufenweise vorangehen. Die mehreren Handlungen können auch concurriren, d. h. sie können ihrer processualischen Natur nach eine bestimmte gemeinsame Stufe in der Stufenfolge der bedingenden und bedingten Proceßhandlung einnehmen. Müssen nach gesetzlicher Bestimmung im Verfahren alle concurrirenden Handlungen da auf einmal vorgenommen werden, wo sie nach ihrer Natur und nach dem Gesetze die ordnungsmäßige Stelle im Verfahren haben, und ist für die Wirksamkeit dieser Vorschrift dadurch gesorgt, daß durch Versäumniß der Frist die nicht vorgenommenen Handlungen ausgeschlossen werden, so daß eine Wiederaufnahme des Processes nur in der Lage möglich ist, in welcher derselbe sich zur Zeit der Wiederaufnahme befindet, so gilt im Verfahren die sog. Eventualmaxime oder das Eventualprincip, weil die einzelnen concurrirenden Handlungen, von welchen vielleicht schon Eine hinreicht, dennoch für den Fall (in eventum), daß jene nicht genüge, zur Beschleunigung des Processes vorgenommen werden müssen. Ein solches für die Handlungen der Parteien geltendes Eventualprincip beherrscht zugleich die Handlungen des Richters, weil dieser in seinen Verfügungen die nach jenem Princip vollendete Stufe nach demselben berücksichtigen und in gleicher Weise die künftige vorbereiten muß[414]). Durch die Reichsgesetze war die nothwendige Grundlage der Eventualmaxime, eine durch Termine und Fristen fest bestimmte Ordnung des Verfahrens begründet[415]), und zugleich das schriftliche die Ausbildung der Eventualmaxime wesentlich fördernde Verfahren vorgeschrieben[416]). Für Wirksamkeit der Eventualmaxime war durch Anerkennung des Grundsatzes gesorgt, daß die Partei, welche Hand-

---

413) Seidenstücker, jurist. Fragmente Bd. II, S. 249 flg. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Pr. Bd. I, S. 177 flg., 3. Aufl. Linde, im Archiv für civil. Prax. Bd. XII, S. 1 flg. Bd. XIV, S. 421 flg. Puchta, Dienst der teutschen Justizämter Bd. II, S. 9, 50 flg. Bayer, Vortr. über den ordentl. Civilpr. S. 14. Brandis, diss. de eo, quod in iudicio sub conditione fieri debet, 1830. Albrecht, die Ausbildung des Eventualprincipes im gem. Civilpr., 1837. Brackenhöft, Erört. S. 375—392. Schmid, Hdbch. d. Civilpr. §. 84.

414) Albrecht a. a. O. S. 66, 67. Schmid a. a. O.

415) Kammergerichtsordnung v. 1500 Tit. XII, §. 16, v. 1507 §. 1—5, v. 1521 Tit. XIX, §. 5—10, 23, Tit. XXIII, §. 1, v. 1523 Tit. III, V, v. 1527 §. 9 flg., v. 1555 Th. III, T. XII—XXIX, XXXI—XXXIX. Reichsabsch. v. 1570 §. 86 flg., v. 1594 §. 59—64. Deputationsabschied von 1600 §. 115 flg. J. Reichsabsch. §. 36 flg. Albrecht a. a. O. S. 26, 27. Schmid a. a. O. N. 5.

416) Vgl. die von Albrecht a. a. O. S. 27—29 und Schmid a. a. O. N. 6 angeführten Stellen der Reichsgesetze.

lungen einer früheren Conditionalfrage versäumt habe und damit auf einer späteren Stufe in den Proceß eintreten wolle, das Versäumte nicht nachholen dürfe, sondern den Proceß in der Lage fortführen müsse, in welcher derselbe sich jetzt befinde[417]). Im römischen Rechte findet sich die Eventualmaxime nicht[418]). Auch dem kanonischen Rechte ist dieselbe mit Ausnahme der Bestimmung, daß alle dilatorischen Einreden binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist vorgebracht werden müssen, bei Verlust der nicht vorgebrachten, fremd[419]). Die Ausbildung der Eventualmaxime erfolgte nur allmälig. Es lassen sich hier vier Perioden unterscheiden[420]): 1) die Periode der Kammergerichtsordnung von 1500 bis zur Kammergerichtsordnung von 1521, in welcher durch die Kammergerichtsordnung von 1500 und 1507 der Grundsatz durchgeführt wird, daß concurrirende Handlungen derselben Art mit einander vorgebracht und verhandelt werden sollen[421]); 2) die Periode von der Kammergerichtsordnung von 1521 bis zum J. Reichsabschiede, worin der Grundsatz durchgeführt wird, daß von den concurrirenden Handlungen die bloßen Beantwortungen der gegentheilig vorgebrachten Thatsachen (Responsionen) und die Vertheidigung gegen diese Thatsachen durch sie elidirende Thatsachen (Exceptionen, Repliken und Dupliken) verbunden und cumulirt werden. So mußten nach angebrachter Klage zunächst die dilatorischen und proceßhindernden Einreden vorgeschützt werden, dann beantwortet und zugleich dagegen replicirt, und so wieder die Repliken beantwortet und zugleich duplicirt werden[422]). Nach deren Beseitigung folgte die Kriegsbefestigung, welche freilich schon nach dem Reichsabschiede von 1570[423]) mit jenen dilatorischen Einreden verbunden werden mußte[424]). Diese Bestimmung verlor mit dem J. Reichsabschiede, wodurch die Kriegsbefestigung als besonderer, von der

---

417) Kammergerichtsordnung v. 1500 Tit. XVII, v. 1507 Tit. II, §. 11, Tit. III, §. 23, von 1523 Tit. VI, §. 3, von 1555 Th. III, Tit. XLVI, §. 1. J. Reichsabsch. §. 37. Albrecht a. a. O. S. 30—34.

418) Ueber die Zeit des Vorbringens der exceptiones dilatoriae, praescriptiones pro reo u. s. w. nach römischem Rechte Brackenhöft a. a. O. S. 380 flg. Daß die Eventualmaxime dem römischen Rechte fremd sei, geht aus L. 4. 8. C. de except. (VIII. 35. (36.)) hervor.

419) Die Bestimmung hinsichtlich der dilatorischen Einreden ist enthalten im cap. 4. X. (2. 25.). Daß eine gleichzeitige Verhandlung über alle dilatorischen hätte stattfinden müssen, ist nicht bestimmt. Brackenhöft a. a. O. S. 383.

420) Albrecht a. a. O. S. 35 flg.

421) Die weitere Ausführung dieses Principes s. bei Albrecht a. a. O. S. 35—41. Schmid a. a. O. §. 84.

422) Kammergerichtsordn. v. 1521 Tit. XIX, §. 5 vgl. mit §. 8, v. 1523 Tit. III, §. 1 vgl. mit §. 4, v. 1527 §. 9, 10, v. 1555 Th. III, Tit. XXIV, §. 2, Tit. XXV, Tit. XXVI, §. 2, 3.

423) Reichsabsch. v. 1570 §. 89, welche Bestimmung der Reichsabsch. v. 1594 §. 63, 64 bestätigte.

424) Brackenhöft a. a. O. S. 384, 388 flg. schreibt demnach schon dem Reichsabsch. v. 1570, nicht erst dem J. Reichsabsch. die allgemeine Einführung der Eventualmaxime zu.

Responsion getrennter Act unterging [425]), ihre Bedeutung. Nach der Kriegsbefestigung waren mit den Responsionen auf die Klage sofort alle peremtorischen Einreden zu verbinden [426]). 3) Die Periode des J. Reichsabschiedes von 1654. Nachdem die Kriegsbefestigung als besonderer Act durch den J. Reichsabschied weggefallen war, wurden nun die dilatorischen Einreden mit den Responsionen auf die Klage und den peremtorischen Einreden in Verbindung gesetzt [427]), und so führte der J. Reichsabschied den Grundsatz durch, daß, abgesehen von den die Competenz des Gerichtes bestreitenden Einreden, welche als Ausnahme stehen blieben, alle concurrenten Handlungen, welche einer Partei auf irgend einer Stufe zu Gebote stehen, cumulirt werden sollen, selbst wenn nur eventuell von denselben Gebrauch gemacht werden kann; die für die Stufe der Beantwortung der Klage und der Einreden vorgeschriebene Verbindung pflanzte sich nothwendig auf die ferneren Stufen der Replik und Duplik fort [428]). Ebenso sollte die Beweisführung über die dilatorischen und peremtorischen Einreden verbunden werden, und so auch die Gegenbeweisführung dagegen, was auch für die Repliken und Dupliken galt [429]). 4) Die Periode vom J. Reichsabschiede bis auf die neueste Zeit hat, obgleich durch die Gesetzgebung verlassen, die Eventualmaxime consequent weiter ausgebildet [430]). Der J. Reichsabschied sanctionirte nämlich den Grundsatz des gleichzeitigen Vorbringens nur für die concurrirenden Handlungen derselben Partei. Es ist aber die Concurrenz von Handlungen bei den Parteien möglich, was zwar zur Zeit des J. Reichsabschiedes nicht möglich war, weil mit der Ausnahme, daß jede Partei bei dem Beweise und bezüglich Gegenbeweise der dilatorischen und peremtorischen Angriffshandlungen und der denselben entgegenstehenden Gegenangriffe, ihre Beweismittel verbinden mußte, es bei der in der Kammergerichtsordnung von 1555 vorgeschriebenen Beweisordnung [431]) geblieben war [432]). Da nämlich das

425) S. Albrecht, Exceptionen S. 163 flg. Vgl. auch den Artikel Litiscontestation.

426) Ueber die weiteren Bestimmungen der Reichsgesetze dieser Periode Albrecht, Eventualprincip S. 41—48.

427) J. Reichsabsch. §. 37. — 428) J. Reichsabsch. §. 45, 48.

429) J. Reichsabsch. §. 45 flg. Albrecht a. a. O. S. 48—50.

430) Albrecht a. a. O. S. 50—57. Schmid a. a. O.

431) Diese Beweisordnung bestand darin, daß das Beweisverfahren über die in den Responsionen bestrittenen Artikel sofort nebenher lief und von besonderen Commissarien verhandelt wurde, so daß die Streitverhandlungen selbst ohne Unterbrechung fortgesetzt wurden und nebenbei, so viel wie möglich, mit den Streitverhandlungen fortlaufend, das Beweisverfahren über die bestrittenen Artikel fortging. Wenn einzelne Artikel Beweis nöthig hatten, hatte der Beweispflichtige sofort eine Commission zu erbitten und dann vor dieser den Beweis zu führen; ebenso der Gegner, dessen Artikel Beweis erforderten, wenn auch die Beweisführung rücksichtlich der vorhergehenden Artikel noch nicht beseitigt war. Vgl. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. XI, §. 3, 16—22, Tit. XXVI, §. 1, 2. Tit. XXIX, §. 1, 2.

432) J. Reichsabsch. §. 35, 45—48, 52, 54, 56.

Institut der Commissarien, womit diese Beweisordnung zusammenhing, auf das Kammergericht beschränkt blieb, so war es in den einzelnen teutschen Ländern nothwendig, das Beweisverfahren in die successive Reihe der Handlungen des Verfahrens aufzunehmen. Wegen der Unmöglichkeit der Verbindung des Beweisverfahrens zugleich mit den Hauptverhandlungen wurde in der Praxis der im sächsischen Processe ausgebildete Grundsatz befolgt, daß erst nach vollständiger Erledigung der Streitverhandlungen selbst der Beweis zu führen sei. Dadurch wurde es zugleich möglich, daß jetzt nicht blos jede Partei ihre früheren und späteren Angriffe (Kläger die Klage und Repliken, Beklagter seine Einreden und Dupliken), sondern auch, daß beide Parteien zugleich ihre Behauptungen beweisen konnten. Zugleich trennte man das Beweisverfahren in Perioden; die erste dieser Perioden, die Beweisantretung, machte es möglich, den directen Gegenbeweis, dessen Antretung früher, weil der Gegenbeweisführer von dessen Gegenstande erst durch die Vollendung des Beweises Kenntniß erhielt, erst nach beendigtem Beweise möglich war, jetzt schon sofort nach angetretenem Beweise, wodurch dem Gegenbeweisführer schon der Gegenstand seines Beweises bekannt wird, ebenfalls anzutreten, so daß alle Beweise und Gegenbeweise neben einander fortlaufen. Im 18. Jahrhunderte wurde diese Ausbildung der Eventualmaxime durch Doctrin und Praxis vollendet, so daß alle concurrenten Handlungen derselben Partei oder beider Parteien stets zu gleicher Zeit vorgenommen und verhandelt werden müssen, was sowohl vom ersten Verfahren, als vom Beweisverfahren gilt[433]).

III. Schriftliches Verfahren[434]). Das rein mündliche Verfahren, bei welchem überall von den gerichtlichen Verhandlungen nichts niedergeschrieben wird, wie es das älteste römische vor Einführung des Formularprocesses, das älteste teutsche und auch vielleicht anfänglich das Verfahren in den geistlichen Gerichten war[435]), existirt nicht mehr. Unter einem mündlichen Verfahren wird gemeinrechtlich in Teutschland

---

433) In Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Th. I, S. 266 wird zwar das Eventualprincip angefochten und nur insoweit anerkannt, als die Gesetze eine bestimmte Anerkennung desselben enthalten, so daß namentlich Beklagter immer erst nach bewiesener Klage den Beweis seiner Einreden zu führen habe, weswegen sich auf L. 1. 19. C. (IV. 19.) L. 9. C. de except. (VIII. 35. (36.)) berufen wird. Diese dem römischen Rechte, welches das Eventualprincip nicht hatte, entnommenen Gesetzstellen können indessen diesem in der Reichsgesetzgebung begründeten und in deren Folge durch Doctrin und Praxis weiter consequent ausgebildeten Principe gegenüber nicht in Betracht kommen. Albrecht a. a. O. S. 61—63.

434) Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen 1821. Steiner, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. V, S. 204 flg. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Proc. Bd. I, S. 187 flg., 3. Aufl. und im Archiv für civil. Prax. Bd. XVII, S. 292 flg., S. 379 flg. Linde, Civilpr. §. 145. Brackenhöft, Erört. S. 392 flg. Schmid, Hdbch. des Civilpr. §. 85.

435) Cap. 43. X. (2. 20.) von Innocenz III. v. 1210.

nur dasjenige verstanden, bei welchem die Mittheilungen zwischen den Parteien und dem Gerichte durch mündliche Rede, nicht durch Zusendung und Einreichung von Schriften bewerkstelligt werden. Allein auch bei diesem wird wenigstens das Wesentliche von Seiten des Gerichtes beurkundet[436]). In Ansehung des mündlichen Verfahrens in dieser Bedeutung ist zu unterscheiden: 1) das rein protocollarische Verfahren, bei welchem der Protocollführer im eigentlichen Sinne beurkundet, d. h. Urheber der beurkundeten Rede ist; 2) das Verfahren von Mund aus in die Feder, vorzugsweise das sächsische genannt, oder das „in die Feder reden", bei welchem der Protocollführer nur die Rede einer Partei oder ihres Advocaten beglaubigt, und der Sache nach das Dictiren vorhanden ist, obgleich zur Form desselben freilich die Absicht des Redenden gehören würde, daß ihm wörtlich nachgeschrieben werde[437]). — Das schriftliche Verfahren besteht in einem Schriften-

436) Besondere Personen, welche die gerichtlichen Verhandlungen niederschrieben, finden sich bei den Römern schon in der ersten Hälfte des 3. Jahrh. n. Chr. Daß sie selbstständige, in Ansehung ihrer Function vom Richter unabhängige, mit öffentlichem Glauben für diese Amtsverrichtung bekleidete Gerichtspersonen gewesen wären, wird aber nirgends bezeugt. Brackenhöft, Erört. S. 207, 208 u. N. 1—6 dazu, welcher auch die einzelnen Nachweisungen giebt. Erst Innocenz III. bestimmte, daß neben dem Richter ein selbstständiger Gerichtsschreiber mit öffentlichem Glauben bei jeder gerichtlichen Handlung zugezogen werden sollte; dem Richter selbst wurde aller Glaube für die von ihm und vor ihm vorgenommenen Handlungen abgesprochen, soweit sie nicht aus den Niederschriften des Gerichtsschreibers erhellten; der Richter soll bei jeder gerichtlichen Handlung eine publica persona, nämlich einen Notar oder zwei glaubwürdige Männer, welche getreulich alle gerichtlichen Verhandlungen niederschreiben, zuziehen. Cap. 11. X. (2 19.) In Teutschland finden sich von einem besonderen Gerichtsschreiber als einer neben dem Richter zur Besetzung des Gerichtes nothwendigen Person erst aus dem Anfange des 13. Jahrhundertes Zeugnisse vor. Brackenhöft a. a. O. S. 208—210. Die kanonische Vorschrift ist für den Civilproceß die gemeinrechtliche; für den Criminalproceß bestätigt die Peinl. Gerichtsordnung Kaiser Carl V. Art. 1, §. 46, 47, 56, 94, 181—189 das Erforderniß eines Gerichtsschreibers. Der Gerichtsschreiber mußte ein öffentlicher Notar sein, und ein solcher muß gemeinrechtlich zu seinen Functionen eidlich verpflichtet sein. Notarialsordnung von 1512 Tit. I. Von Notarien überhaupt §. 2, 14, Tit. II, §. 1. Ueber die Beurkundung gerichtlicher Handlungen in der älteren Zeit im 7. und 8. Jahrh. n. Chr. die sog. Gerichtsbriefe, die Gerichtsbücher, welche nur ganz kurz Klage und Antwort aufgezeichnet enthalten und sich seit dem 14. und 15. Jahrhunderte vorfinden, siehe Brackenhöft a. a. O. S. 393 u. N. 3—8 dazu. Mit der Einführung besonderer Gerichtsschreiber sind die eigentlichen Protocolle entstanden.

437) Brackenhöft a. a. O. S. 211, 394. Das sächsische Verfahren von Mund aus in die Feder ist in den sächsischen Proceßgesetzen als Regel anerkannt. Const. elect. Saxon. c. 1. P. I. Ernest. Proceßordn. P. I, Cap. 2, §. 15. Eisen. Proceßordn. Tit. II, §. 14. Anhalt. Proceßordn. Tit. VII. Rudolst. Proceßordn. P. II, Tit. V, §. 2. Kön. sächs. erl. Proceßordn. Tit. XXIX, §. 3. Altenb. Proceßordn. P. I, Cap. 2, §. 9. Goth. Proceßordn. P. II, Cap. 2, §. 13. Es bestand darin, daß die Parteien oder deren Anwälte selbst in das Gericht gingen und ihre Vorträge zu den Acten dictirten, was man „mit einander versetzen" nannte. Diese Art des Verfahrens, daß die Parteien

wechsel der Parteien, welcher durch mittheilende und proceßleitende Decrete des Richters vermittelt wird, an welchen die Parteien ihre schriftliche Rede richten und einreichen. Dieses Verfahren ist durch die Reichsgesetzgebung für den gemeinen teutschen Proceß das allein giltige geworden [438]), neben welchem jedoch Entscheidungen des Richters immer mündlich verkündet werden, auch außer dem über die Verkündigung des Urtheiles aufzunehmenden Protocolle noch protocollarische Niederschreibungen vorkommen, namentlich bei Güteversuchen und Eidesleistungen. Auch giebt es ein aus mündlichem und schriftlichem gemischtes Verfahren in zweifacher Art [439]); es sind nämlich bisweilen 1) die Vorträge der Parteien theils mündlich, theils schriftlich, ohne daß

---

oder ihre Anwälte ihre Vorträge zu Protocoll dictirten, ist im Königreiche Sachsen und in den übrigen Ländern, in welchen der sächsische Proceß gilt (vgl. über dieselben Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 2) durch allgemeinen Gerichtsgebrauch abgeschafft, wozu wohl hauptsächlich der Umstand beitrug, daß das Gerichtspersonal nicht ausreichte. Ein kursächs. Rescript vom 7. November 1787 stellte den Sachwaltern anheim, ob sie mündlich oder schriftlich das Vorzubringende einbringen wollten. Es finden sich indeß in den sächsischen Ländern, namentlich Ernestinischer Linie, schon weit früher Spuren eines schriftlichen Verfahrens. Schon die Jenaische Hofgerichtsordnung vom 1. Februar 1653 Cap. 5 läßt den Anwälten mit Genehmigung des Hofgerichtes schriftliches Verfahren durch Producte nach. An die Stelle des Verfahrens von Mund aus in die Feder trat das Satzverfahren, welches von dem früheren Verfahren noch beibehielt, einmal die Form einer zu Protocoll gebrachten mündlichen Verhandlung, und dann die Eigenthümlichkeit, daß kein Satz der Gegenpartei vom Gerichte mitgetheilt wurde, sondern die Gegenpartei oder ihr Anwalt in das Gericht gehen mußte, um den Satz einzusehen. Das Verfahren von Mund aus in die Feder sollte eigentlich in dem Termine in Einem Tage beendigt werden; allein bei weitläufigeren Verhandlungen reichte Ein Tag nicht hin und daher wurde es, als das Satzverfahren an die Stelle des Verfahrens von Mund aus in die Feder trat, Regel, daß ein Zeitraum von mehreren Tagen, der in den verschiedenen Gesetzen bald länger, bald kürzer ist, zur Absetzung des Satzverfahrens bestimmt wurde, in der Art, daß jede Partei für jeden ihrer Sätze Kläger für den Provocationssatz, Replik und Triplik, Beklagter für den Exceptionssatz, Duplik und Quadruplik, einen oder mehrere Tage Frist erhielt. Dieser zur Absetzung des Satzverfahrens bestimmte Zeitraum galt aber blos als eine Fortsetzung des eigentlichen Termines, daher auch in diesen Zeitraum nur eigentliche Gerichtstage, keine Sonn- und Festtage eingerechnet werden; und unter dem Ausdrucke Termin ist im sächsischen Processe die zum Satzverfahren bestimmte Zeit mit begriffen. Heimbach a. a. O. §. 61, 63. Neuere Gesetze der Länder, in welchen der sächsische Proceß gilt, haben das Satzverfahren entweder ganz abgeschafft und anstatt desselben das Verfahren durch schriftliche Eingaben bei Gericht in Form der Producte eingeführt (Weim.-Eis. Proceßges. v. 12. April 1833 §. 1, 2. Goth. Ges. die Verbesserung und Abkürzung des ordentl. Processes betr. vom 12. October 1837 §. 1) oder wenigstens die Eigenthümlichkeiten des Satzverfahrens insoweit beschränkt, daß jeder Parteisatz dem Gegner durch das Gericht mitgetheilt wird. (Altenb. Zus. zur Proceßordnung v. 7. April 1823 §. 35. Meining. Ges. v. 27. Juli 1844 Art. 14.) S. Heimbach a. a. O. §. 61.

438) Kammergerichtsordn. v. 1495 §. 10 und andere Reichsgesetze, welche Linde, Civilproceß §. 145 N. 21 anführt.

439) Brackenhöft a. a. O. S. 395.

dieser Unterschied davon abhängt, ob der Vortrag die Sache selbst oder das Verfahren betrifft; so ist es in einzelnen Ländern üblich, daß Klage und Exceptionalhandlung schriftlich überreicht und dann bei der mündlichen Verhandlung verlesen, die Replikhandlung und die späteren aber blos mündlich verhandelt werden[440]). Es werden aber auch bisweilen 2) die das Sachverhältniß betreffenden Vorträge schriftlich überreicht, die das Verfahren angehenden mündlich gehalten, welche letzteren man dann vorzugsweise Recesse nennt[441]).

IV. Oeffentlichkeit des Verfahrens[442]). Das ältere römische Verfahren war vollständig öffentlich und mündlich. Im neueren römischen Rechte fand Oeffentlichkeit nur ausnahmsweise statt. Das altteutsche gerichtliche Verfahren war öffentlich und mündlich, obwohl eine unbeschränkte Zulassung eines Jeden zur Verhandlung sich nicht beweisen läßt[443]). Seit der allgemeinen Einführung des schriftlichen Verfahrens in Teutschland verschwand die mündliche Oeffentlichkeit; doch ist an deren Stelle gemeinrechtlich eine schriftliche Oeffentlichkeit getreten, die darin besteht, daß alle Verhandlungen vor Gericht öffentlich beurkundet und unter öffentlicher Aufsicht zur Einsicht aufbewahrt werden[444]), daher die Acten und das Actensammeln, sowie das Aufbewahren derselben im Gerichtsarchiv. Die Stelle der öffentlichen Berathung der Schöffen, welche im älteren teutschen Verfahren der Urtheilsfindung vorherging, wird nach dem jetzigen gemeinen Processe, wo die der Entscheidung vorangehende Berathung des Gerichtes geheim ist, durch die schriftlichen Zweifels- und Entscheidungsgründe vertreten. Die neuere Zeit drängt immer mehr zur Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens auch im Civilprocesse hin.

E. Insbesondre vom summarischen Processe überhaupt[445]). AA. Fälle, in welchen der summarische Pro-

---

440) Brackenhöft a. a. O. S. 395 u. N. 19.

441) So war das Verfahren bei dem Reichskammergerichte. Brackenhöft a. a. O.

442) Feuerbach, Betracht. über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821. Mittermaier, der gem. teutsche Proc. Bd. I, S. 123 flg., 3. Aufl. Linde, Civilproc. §. 146. Brackenhöft, Erört. S. 396. Schmid, Hdbch. §. 86.

443) v. Maurer, Gesch. des allgem. öffentl. u. mündl. Gerichtsverfahrens, 1824, §. 132, S. 144—147, §. 134, S. 178 flg., §. 137, S. 185. S. auch Brackenhöft a. a. O. S. 396, N. 1.

444) Eine unbeschränkte Einsicht der gerichtlichen Acten wird nicht gestattet; nur den Parteien steht sie stets offen und ist außerdem demjenigen, welcher ein rechtliches Interesse erweislich machen kann, nicht zu versagen.

445) Der Eintheilnng des Civilprocesses in ordentlichen und summarischen ist bereits oben bei den Eintheilungen Erwähnung geschehen; für den Zweck dieses Artikels ist noch der Fälle, in welchen der summarische Proceß stattfindet, und der Grundsätze des allgemeinen oder unbestimmten summarischen Processes zu gedenken.

ceß stattfindet[446]). Die Wege, welche die Processualisten eingeschlagen haben, um die Fälle zu bestimmen, in welchen der summarische Proceß stattfindet, sind verschieden. Von Einigen[447]) sind die Beweggründe, welche die Gesetzgebung zur Anordnung oder Gestattung des summarischen Verfahrens bewogen haben, untersucht und hiernach nicht blos die einzelnen Fälle, in welchen ein solches Verfahren Platz greift, aufgeführt, sondern auch allgemeine Grundsätze aufgestellt worden, welche in jedem einzelnen Falle über Einschlagung oder Nichteinleitung des summarischen Verfahrens als Entscheidungsnorm dienen sollen[448]); von Anderen werden nur die einzelnen Fälle des summarischen Verfahrens aufgeführt[449]). Gegen den ersteren Weg läßt sich geltend machen die dadurch bewirkte zu bedeutende Ausdehnung des Gebietes des summarischen Processes, die Unbestimmtheit der Grenzen dieses Gebietes und daher nothwendig rührende richterliche Willkür, sowie daß die nach den erforschten Beweggründen aufgestellten Grundsätze nur Winke für künftige Gesetzgebung enthalten, keineswegs aber das bestehende Recht. Dagegen ist der zweite Weg besonders schwierig, weil bei den die Grundlage des gemeinen teutschen Processes bildenden Gesetzen wegen der Veränderungen sowohl der Gerichtsverfassung, als des ordentlichen Verfahrens, mit welchen die größere oder geringere Ausdehnung der Fälle eines außerordentlichen Verfahrens im engen Zu-

---

446) Schmid, Hdbch. des gem. teutschen Civilproc. §. 176.

447) Grolman, Theor. des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigk. §. 221 flg.

448) Die von Grolman a. a. O. §. 221—223 aufgestellten allgemeinen Grundsätze sind: 1) in allen Fällen, wo, ohne eine schleunigere Verhandlung der Sache der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens, wenigstens nicht vollkommen, erreicht werden kann, oder doch diese Erreichung vielleicht verhindert werden könnte, muß an die Stelle des ordentlichen Verfahrens ein summarisches treten. 2) In allen Fällen, wo die Erhaltung der Ruhe Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Processes gebietet, oder wo das Wohl des Staates im ganzen einen schleunigeren Gang des Verfahrens fordert, damit es nicht unmittelbar oder mittelbar durch lange Ungewißheit der Rechte in Ansehung der interessantesten Gegenstände des Privatwohles leide, tritt an die Stelle des ordentlichen Verfahrens ein summarisches. 3) In allen Fällen, wo der Grund, aus welchem die Gesetze gewisse Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens eingeführt haben, wegfällt, oder doch die höchste Wahrscheinlichkeit für die Abwesenheit desselben vorhanden ist, kann ein außerordentliches Verfahren, jedoch in dem letzteren Falle nur bedingt, stattfinden. Vermöge des ersten Principes wird summarisches Verfahren in Sachen, bei denen Gefahr auf dem Verzuge ist, ferner über präparatorische und Incidentgesuche, in Liquidations- und Prioritätsstreitigkeiten im Concurse, gerechtfertigt; vermöge des zweiten in allen Besitzstreitigkeiten, in Handwerkssachen, in Contributions- und Zollsachen, in Streitigkeiten, welche die geistlichen Pfründen und ihre Einkünfte, oder die Eingehung, Erhaltung und Aufhebung der Ehen betreffen; aus dem dritten Principe wird die Rechtfertigung des Mandatsprocesses abgeleitet.

449) So namentlich von Claproth, summ. Proc. §. 4. Bayer, summ. Proc. §. 3. Mittermaier, im Archiv für civil. Prax. Bd. VIII, S. 107 flg. und summ. Proc. S. 80 flg.

sammenhange steht, die einzelnen Fälle des summarischen Verfahrens sich nicht wohl bestimmen lassen. Richtig ist wohl nur das Verfahren derjenigen, welche auf den vorherrschenden gemeinen Gerichtsgebrauch allein Rücksicht nehmen, um die Fälle des summarischen Verfahrens zu bestimmen [450]), weil das fremde Recht nur durch den Gerichtsgebrauch und zwar in dem Sinne und in der Bedeutung, wie es in den geistlichen Gerichten des Mittelalters angewendet und in den Schriften der damaligen Practiker dargestellt wurde, in Teutschland recipirt worden ist [451]). Der teutsche Gerichtsgebrauch spricht sich vorherrschend übereinstimmend für summarisches Verfahren in folgenden Fällen aus: 1) in geringfügigen oder sog. Bagatellsachen [452]), in welchen über summarisches Verfahren schon die Glossatoren und Practiker des Mittelalters einverstanden waren, auch die Praxis nie zweifelhaft war [453]), über die Grenze aber, bis zu welcher eine Sache als geringfügig zu betrachten sei, nach der Meinung der älteren Practiker nur das richterliche Ermessen mit Rücksicht auf die Summe, die Lage und die Vermögensverhältnisse der Parteien entscheidet, während die Landesgesetzgebung diese Grenze ausschließlich nach der Größe der Summe bestimmt [454]). Für die Erledigung der Frage, ob im einzelnen Falle die durch Gesetz oder Praxis festgestellte Grenzsumme der geringfügigen Sachen durch den Werth des Streitgegenstandes nicht überschritten werde, werden von den gemeinrechtlichen Processualisten noch besondere Grundsätze aufgestellt [455]), deren Hervorhebung hier es indeß um so weniger bedarf, als das gemeine Recht eine Summe für die geringfügigen Sachen ohnehin nicht bestimmt hat, und die Landesgesetzgebung, wo sie eine solche Summe bestimmt hat, ausführliche Bestimmungen in der fraglichen Beziehung enthält [456]); — 2) in Alimentensachen [457]), wenn

---

450) Wie Mittermaier und Bayer a. a. O.

451) Daher kann die Frage, ob in den Fällen, welche das fremde Recht als causae extraordinariae bezeichnet (vgl. die von Schmid a. a. O. §. 176, N. 7 angeführten Stellen), summarisches Verfahren eintreten kann, nur nach der gemeinen Praxis entschieden werden, was auch von den in den Reichsgesetzen als causae extraordinariae bezeichneten Sachen (vgl. Kammergerichtsordnung v. 1555 Th. III, Tit. III) gilt. Mittermaier, summ. Proc. S. 86. Heffter, Civilpr. §. 401. Bayer a. a. O. §. 3, N. 4. Schmid a. a. O.

452) Nov. 17. cap. 3.

453) Mittermaier, summ. Proc. S. 86 flg. u. im Archiv a. a. O. S. 116 flg. Bayer a. a. O. §. 3.

454) Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 116. Die Bestimmungen der Landesgesetze sind darüber sehr verschieden. Wegen der sächsischen siehe Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. II, §. 82, 83, 91, 99, 100, 106, 108.

455) Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 120—125 u. summ. Proc. S. 87 flg. Schmid, Hdbch. §. 176.

456) Wegen der Länder, in denen der sächs. Proceß gilt, vgl. Heimbach a. a. O. u. §. 14, 26, 27, 39.

457) Schon im römischen Rechte wird in solchen Sachen ein summatim cognoscere angeordnet L. 5. §. 8. D. (25. 3.) L. 1. §. 14. D. (37. 9.); es

a) entweder Gefahr im Verzuge ist und nach der Art des hauptsächlich in Anspruch genommenen Rechtsverhältnisses die Wahrscheinlichkeit der Alimentenforderung sich ergiebt, so daß die Alimentensache als eine provisorische Streitigkeit betrachtet und nach den Regeln über das Verfahren in Ansehung provisorischer Verfügungen behandelt werden kann[458]), oder wenn b) auf laufende, nicht aber auf rückständige, Alimente geklagt wird und das Recht hierzu entweder nicht bestritten ist, so daß nur über Summe und Nebenbestimmungen Streit vorliegt, oder das Recht durch Urkunden sofort liquid gemacht werden kann[459]); — 3) in Gesindesachen[460]), deren Begriff aber hier näher zu bestimmen ist[460a]); — 4) in Baustreitigkeiten insofern, als entweder Gefahr auf

---

werden dieselben auch dadurch begünstigt, daß Verhandlung darüber während der Gerichtsferien stattfinden kann. (L. 2. D. (2. 12.) Die Reichsgesetze rechnen die Sachen, „so eine Partei begehrt Leibesnahrung", zu den causae extraordinariae. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. III, §. 12. Daher ist in der älteren und neueren Praxis summarisches Verfahren in Alimentensachen als zuläßig anerkannt. Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 126 flg. u. summ. Proc. S. 99 flg. Auch Landesgesetze zählen Alimentensachen zu den summarisch zu verhandelnden Sachen, z. B. Ernest. Proceßordnung P. II. Cap. 1, §. 1. Eisenach. Proceßordn. Tit. XXII, §. 1. Altenb. Proceßordn. P. II. Cap. 1, §. 2. Gesetz über den unbest. summ. Proc. v. 7. April 1823 §. 10. Goth. Proceßordn. P. II. Cap. 1, §. 2. Gesetz über den unbest. summ. Proc. vom 12. October 1837 §. 1. Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. II, §. 6, 11, 12, 14, 25, 26.

458) Z. B. wenn die Ehefrau während des Scheidungsprocesses von ihrem Manne Alimente verlangt. S. Mittermaier a. a. O. Bayer, summ. Proc. §. 3.

459) Mittermaier und Bayer a. a. O.

460) Das summarische Verfahren in diesen Sachen nahm die Praxis des Mittelalters an, unter Berufung auf Nov. 17. cap. 3. und Bibelstellen, z. B. 5. Buch Mose Cap. 24, V. 15. Matth. Cap. 20, V. 8. Auch Landesgesetze erkannten dies an. Vgl. außer den bei Mittermaier, summ. Proc. S. 101, N. 57 angezogenen Landesgesetzen auch Ernest. Proceßordn. P. II. Cap. 1, §. 1. Eisenach. Proceßordn. Tit. XXII, §. 1. Altenb. Proceßordn. P. II. Cap. 1, §. 2. Goth. Proceßordn. P. II. Cap. 1, §. 2. Heimbach a. a. O. §. 6, 11, 14, 25.

460a) Vgl. darüber Mittermaier, summ. Proc. S. 102. Obwohl die Landesgesetze häufig den Begriff der Gesindesachen näher bestimmen, so sind doch die Bestimmungen bisweilen zu allgemein und unpassend. Nur da, wo über die unmittelbar aus dem Dienstverhältnisse entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Herrschaft und dem eigentlichen Gesinde (wozu aber Officianten, Gutsverwalter, Verwalter größerer Wirthschaften, Personen, welche wissenschaftliche oder Kunstarbeiten liefern, oder nur gegen Honorar Leistungen übernehmen, nicht zu rechnen sind) Streit entsteht, namentlich über Antritt, Dauer und Aufkündigung des Dienstes, über den laufenden Dienstlohn, über Umfang der Arbeit und über Brauchbarkeit des Gesindes, ist eine eigentliche sich zur summarischen Verhandlung eignende Gesindesache anzunehmen. Dagegen ist eine gewöhnliche Civilsache vorhanden, wenn das Gesinde seinen bei der Herrschaft stehen gelassenen Dienstlohn aus einem Schuldscheine als verzinsliches Darlehen oder als Depositum fordert, oder wenn zwischen Herrschaft und Gesinde über Eigenthumsrechte Streit entsteht, oder wenn nach Beendigung des

dem Verzuge ist[461]), oder die Erledigung des Streites durch sofortige Besichtigung möglich ist[462]), oder der Streit sich auf eine novi operis nunciatio bezieht[463]), womit Landesgesetze übereinstimmen[464]); — 5) in Innungs=, Handwerks= und Gewerbestreitigkeiten, deren Begriff näher zu bestimmen ist[465]); — 6) in Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, welche die Ausübung der häuslichen Gewalt betreffen[466]); — 7) in Ehestreitigkeiten, sie mögen Scheidung oder häuslichen Zwist zum Gegenstande haben[467]); — 8) in Besitzstreitigkeiten[468]); — 9) bei Provocationen ex Lege Diffamari und ex Lege Si contendat[469]); — 10) in Rechnungssachen; — 11) bei dem Verfahren über provisorische Verfügungen und bei dem Arrestprocesse; — 12) in den Fällen des bedingten und unbedingten Mandatsprocesses; — 13) in den Fällen des Executivprocesses[470]). Auch über Nebensachen kann unter Umständen summarisches Verfahren eintreten[471]). Die Einleitung des summa=

Dienstverhältnisses auf Entschädigung geklagt wird. Mittermaier a. a. O. Ueber die näheren Bestimmungen der Gesetze der Länder sächs. Rechtes darüber vgl. Heimbach, Lehrbuch des particulären Privatrechtes der zum Oberappellationsgerichte zu Jena vereinten Staaten §. 123.

461) Mittermaier und Bayer a. d. a. O.

462) Vgl. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. III, §. 8. Bayer a. a. O. §. 3.

463) Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 129 a. E.

464) Heimbach, Lehrbuch des sächsischen bürgerl. Processes Bd. II, §. 6, 11, 12, 25.

465) Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 130 flg., summ. Proc. S. 103 flg. zählt hierher diejenigen Streitigkeiten, welche die Rechte Einzelner oder der Zunft, die nach den bestehenden Zunftstatuten oder Gewerbeordnungen zu beurtheilen sind, betreffen, nicht aber Streitigkeiten zwischen mehreren Zünften oder Einzelnen, welche nach polizeilichen Regeln nach Grundsätzen der Zweckmäßigkeit zu erledigen sind, und vielmehr zu den Verwaltungssachen gehören. Landesgesetze rechnen Handwerkssachen zu den summarischen Sachen. Vgl. Heimbach a. a. O. §. 6, 11, 12.

466) L. 9. §. 3. D. (1. 16.) Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 134 flg. und summ. Proc. S. 73 flg. Bayer, summ. Proc. §. 3.

467) Cap. 2. Clem. (II. 1.) Auch hat die Praxis die summarische Natur des sog. Consistorialprocesses stets anerkannt, selbst nach der Reformation in den protestantischen Ländern. Bayer a. a. O. §. 3, N. 30. Namentlich in den Ländern des sächsischen Processes bildet der Consistorialproceß eine eigene Art des summarischen Verfahrens. Vgl. Heimbach a. a. O. §. 56—81.

468) Vgl. den Artikel Possessorium.

469) Wegen der Provocation ex Lege Diffamari s. Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. III, §. 16. Vgl. den Artikel Provocation.

470) Landesgesetze lassen noch außerdem in manchen anderen Sachen summarisches Verfahren eintreten, z. B. in Streitigkeiten durchreisender Fremden (sog. Gastsachen), unter Bauern, über Sequestrationen, Ehegelder, in Sachen der Unmündigen, Wittwen, Waisen und anderen mitleidswürdigen Personen, in Handelssachen. Vgl. wegen der Gesetze der Länder des sächsischen Processes Heimbach a. a. O. §. 6, 11, 12, 14, 25, 26.

471) L. 3. § 9. 13. D. (10. 4.) L. 15. §. 4. D. (42. 1.) L. 1. §. 9. D. (46. 5.) Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. III, Tit. III, §. 1—3, 9—11, 28. Gönner, Hdbch. Bd. I, Nr. 25, §. 13. Bd. IV, Nr. 81, §. 10. Grolman,

rischen Verfahrens in den vorhergedachten Fällen setzt immer einen ausdrücklichen Antrag des Klägers voraus[472]), außer in den Fällen, wo der Richter von Amtswegen ein solches Verfahren einzuleiten hat, sei es, daß das Gesetz aus Staatsrücksichten dasselbe gebietet, oder der Gerichtsgebrauch es für nothwendig anerkennt[473]). Ebenso steht dem Kläger auch frei, in Sachen, in welchen nicht schon nach dem Gesetze summarisches Verfahren stattfindet, Einleitung dieses Verfahrens statt des ordentlichen zu beantragen, wenn nicht summarisches Verfahren in diesen Sachen ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen ist. Der Beklagte darf dagegen Einwendungen machen, welche, wenn sie begründet befunden werden, Abweisung der Klage in angebrachter Maße zur Folge haben; werden keine Einwendungen erhoben, so findet der summarische Proceß als Conventionalproceß statt[474]).

BB. **Darstellung des summarischen Verfahrens im allgemeinen (unbestimmter summarischer Proceß).** Das summarische Verfahren muß, weil es eine durch Gesetz und Praxis aus bestimmten Gründen angeordnete Ausnahme von der Regel des ordentlichen Processes ist, sich insoweit in Form und Inhalt dieser Regel anschließen, als nicht Abweichungen davon durch Gesetz oder Praxis als zulässig anerkannt sind[475]). Nur die Abweichungen des allgemeinen oder unbestimmten summarischen Processes sind zu erwähnen. Uebrigens muß häufig bei der Leitung des summarischen Verfahrens richterliches Ermessen eintreten. Die Grundzüge des summarischen Verfahrens sind für das gemeine Recht nach den einschlagenden Vorschriften des kanonischen Rechtes[476]) und den von der Praxis für dieses Verfahren als geltend anerkannten Grundsätzen festzustellen. Die Absicht des Gesetzgebers bei der einschlagenden Gesetzstelle des kanonischen

---

Theorie §. 221 a. E. Bayer, summ. Proc. §. 3. Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 137. Schmid, Hdbch. §. 176.

472) Der Beklagte kann nicht auf summarisches Verfahren antragen, weil nur dem Kläger unter mehreren zulässigen Proceßarten die Wahl zusteht.

473) Danz, summ. Proc. §. 4. Linde, Civilpr. §. 328. Bayer, summ. Proc. §. 48. Schmid, Hdbch. §. 176.

474) Mittermaier, summ. Proc. S. 107. Schmid a. a. O.

475) Siehe die weitere Ausführung über die auch im summarischen Verfahren zu beobachtenden Regeln des ordentlichen Processes bei Mittermaier, summ. Proc. S. 109 flg.

476) Clem. 2. de V. 5. (V. 11.) Diese Stelle scheint zwar nach den Eingangsworten nur eine Instruction für den iudex delegatus zu sein, welcher nach dem Inhalte seines Auftrages simpliciter et de plano ac sine strepitu ac figura iudicii verfahren sollte. Allein der Schluß derselben besiehlt die Beobachtung der darin enthaltenen Vorschriften auch für solche Fälle an, wo nicht in Folge eines besonderen päbstlichen Jurisdictionsauftrages, sondern schon nach einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung simpliciter et de plano verfahren und entschieden werden soll. Sowohl in geistlichen als weltlichen Gerichten hat man sich nach dieser Gesetzstelle als Richtschnur für das summarische Verfahren gerichtet. Heffter, Instit. des Civilproc. S. 419. Bayer, summ. Proc. §. 49, N. 1. Mittermaier, summ. Proc. S. 107 flg.

Rechtes ging nicht auf Dispensation des Richters von der Beobachtung der wesentlichen Grundsätze des Verfahrens bei der Verhandlung summarischer Sachen, sondern nur auf Ermächtigung des Richters zu Verfügungen und Unterlassungen, welche, unbeschadet jener Grundsätze, zur Beschleunigung der Sache dienen konnten. In diesem Geiste ist der Richter ermächtigt 1) zur Zulassung mündlicher Vorträge, 2) zur Thätigkeit auch an weltlichen Feiertagen, 3) zur Abkürzung und Einziehung von Fristen und Terminen ohne Rücksicht auf die Observanz im ordentlichen Processe, 4) zur Stellung von Fragen, welche ihm zur Aufklärung der Sache geeignet scheinen an die Parteien in jeder Proceßlage. Dagegen ist der Richter verpflichtet 1) bei der Entscheidung die Anträge und Gesuche der Parteien im Auge zu behalten (Verhandlungsmaxime), 2) dem Angegriffenen vollständige Vertheidigung zu gestatten (Grundsatz des wechselseitigen Gehöres), 3) für die schriftliche Aufzeichnung der mündlich gehaltenen Parteivorträge Sorge zu tragen (Grundsatz des schriftlichen Verfahrens). Eine Veränderung der Ordnung, in welcher die Hauptabschnitte des ordentlichen Processes aufeinander folgen, war auch nicht durch das einschlagende Gesetz beabsichtigt[477]). Die Grundzüge des summarischen Verfahrens selbst sind folgende: 1) die Klage, welche hier gewöhnlich Imploration heißt, kann schriftlich und mündlich angebracht werden[478]). Bei einer mündlich angebrachten Klage genügt factische Begründung und die Möglichkeit, zu erkennen, was der Kläger will[479]). Ein schriftlicher Klagvortrag muß, wenn er allein, wie im ordentlichen Processe, die Grundlage der Vertheidigung des Beklagten bilden soll, alle Erfordernisse der Klagschrift im ordentlichen Processe haben und bei etwaigen Mängeln hat der Richter die der jedesmaligen Beschaffenheit des Mangels entsprechende Verfügung zu treffen[480]); wenn aber der Einreichung der Klagschrift eine mündliche Verhandlung nachfolgt, so ist die Klagschrift nur eine Einleitung für den späteren mündlichen Vortrag, und es ist dann in diesem die Ergänzung und Verbesserung der Mängel der Klagschrift zulässig[481]). Ueber die mündlich angebrachte Klage ist ein Protocoll aufzunehmen[482]). 2) Die an den Beklagten zu einem Termine zur mündlichen Verhandlung zu erlassende Ladung[483]) kann mündlich sein[484]); bei einer ein-

477) Bayer a. a. O. Mittermaier a. a. O. S. 109 flg., 116 flg.
478) Mittermaier a. a. O. S. 118.
479) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 13. Danz, summ. Proc. §. 9. Schmid, Hdbch. §. 177.
480) Bayer a. a. O. §. 49, N. 11. Mittermaier a. a. O. S. 112.
481) Mittermaier a. a. O. S. 112.
482) Mittermaier a. a. O. S. 119.
483) Mittermaier a. a. O. S. 128.
484) Danz, ordentl. Proc. §. 97, summ. Proc. §. 9. Mittermaier a. a. O. S. 128. Bei Personen höheren Standes ist schriftliche Ladung üblich, L. 17. §. 1. C. (XII. 1.) eine mündliche Ladung aber nicht nichtig. Mittermaier a. a. O. S. 128.

gereichten Klagschrift, die nicht blos zur Einleitung des mündlichen Verfahrens dienen soll, sind, wenn auf die zulässige mündliche Verhandlung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet wurde, nach gemeinem Rechte auch rücksichtlich des weiteren Verfahrens die Regeln des schriftlichen Verfahrens zu beobachten, es muß also auch die Ladung schriftlich sein. 3) In dem zur mündlichen Verhandlung angesetzten Termine muß der Beklagte selbst oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten erscheinen und kann seine Einreden zu Protocoll geben oder auch eine schriftliche Antwort auf die Klage einreichen, die der Richter aber nur als Grundlage der mündlichen Exceptionalhandlung betrachten darf, daher auch im Falle der Einreichung einer Exceptionsschrift das Erscheinen des Beklagten im Termine nicht minder nothwendig ist, als das des Klägers, damit der Richter von jeder Partei deutliche Erklärung über die von ihr dunkel oder unvollständig vorgebrachten Thatsachen und bestimmte Beantwortung der vom Gegner behaupteten Thatsachen im Termine zu fordern in den Stand gesetzt sei. Hat der Kläger eine förmliche Klagschrift eingereicht und den Weg des rein schriftlichen Verfahrens, was ihm freisteht[485]), betreten, so ist auch von Seiten des Beklagten eine förmliche Exceptionsschrift einzureichen[486]). Der Beklagte kann von den ihm zustehenden Vertheidigungsmitteln denselben Gebrauch machen, wie im ordentlichen Processe. Auch der Gebrauch proceßhindernder Einreden ist gestattet; jedoch führt das die Regel bildende mündliche Verfahren insofern eine Abänderung herbei, als hier der Richter sogleich den Kläger darüber mündlich befragen und die vom Beklagten vorgebrachten Beweise der Einrede prüfen, daher auch noch in demselben Termine entweder den Kläger in Folge der Einrede abweisen oder den Beklagten der Einrede ungeachtet für schuldig zur Einlassung erkennen kann[487]). Auch der Gebrauch dilatorischer Einreden steht zu[488]). Die Beantwortung der

485) Mittermaier a. a. O. S. 118. Es gestatten dies dem Kläger schon die älteren Practiker, da auch die Clementine selbst eine schriftliche Klage zuläßt.

486) Danz, summ. Proc. §. 9.

487) Mittermaier a. a. O. S. 135.

488) A. M. ist Claproth, summ. Proc. §. 5, welcher nur die das Wesen des Rechtsstreites betreffenden dilatorischen Einreden zuläßt. Auch Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, S. 39 findet, wie Claproth, in den Worten der Clementine: exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo eine Verwerfung aller dilatorischen Einreden, glaubt aber den Grund dafür in dem Mangel der Eventualmaxime im kanonischen Rechte suchen zu müssen, indem hiernach jede dilatorische Einrede die Einlassung suspendirt habe und so den Zweck des summarischen Verfahrens gänzlich würde haben vernichten können. Für das heutige Recht läßt er wegen der durch den J. Reichsabsch. anerkannten Eventualmaxime dilatorische Einreden im summarischen Processe zu. Wäre aber in der Clementine wirklich der Gebrauch der dilatorischen Einreden im summarischen Processe verboten, so würde Gönner's Berufung auf das Eventualprincip nichts für die Zulässigkeit derartiger Ausflüchte in diesem

der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, die Litiscontestation im heutigen Sinne, ist im summarischen Processe nicht weniger nöthig, als im ordentlichen Processe[489]. Der Gebrauch peremtorischer Einreden ist, ohne Rücksicht auf ihre Liquidität, unbeschränkt gestattet. Ebenso ist die Wiederklage, sofern sie sich zum summarischen Processe eignet, statthaft[490]. Die Verhandlungen im summarischen Processe können bis zur Replik und Duplik und auch noch weiter gehen, wenn dies zur vollständigen Ausmittelung der Streitfrage nöthig ist[491]. Hingegen ist, wenn ein Parteivortrag keine neuen Thatsachen enthält, worüber nicht schon Gehör des Gegners stattgefunden hat, das erste Verfahren sofort zu schließen[492]. Bei mündlicher Verhandlung muß die Thätigkeit des Richters darauf gerichtet sein, in der Regel die Verhandlung in demselben Termine zu schließen und die Entscheidung zu

---

Processe entscheiden. Bayer a. a. O. §. 49, N. 15. Zudem wurde durch die im cap. 4. X. (2. 25.) enthaltene Vorschrift, daß der Richter eine peremtorische Frist zum Vorbringen aller dilatorischen Einreden bestimmen sollte, hinsichtlich dieser Einreden vollständig dasselbe erreicht, was jetzt durch die Eventualmaxime erreicht werden kann. Mit Recht finden aber Andere in den angeführten Worten der Clementine nur eine Abschneidung der zur absichtlichen grundlosen Verzögerung und Verschleppung des Rechtsstreites vorgeschützten dilatorischen Einreden, nicht aber aller dilatorischer Ausflüchte, da namentlich diejenigen, welche die Bedingungen betreffen, unter denen allein giltige Verhandlung eines Rechtsstreites unter den Parteien möglich ist, nicht ausgeschlossen sein können, weil ihre Nichtberücksichtigung häufig Nichtigkeit des Processes erzeugen würde. Mittermaier a. a. O. S. 133. Bayer a. a. O. §. 49. Schmid a. a. O.

489) Die Worte der Clementine: litis contestationem non postulat beziehen sich blos auf die förmliche Litiscontestation in ihrer damaligen Bedeutung, welche in der allgemeinen Erklärung des Beklagten, den Krieg Rechtens befestigen zu wollen, bestand, für die nähere Aufklärung des status causae et controversiae nutzlos war und daher auch ohne Nachtheil für die Instruction der Sache unterbleiben konnte; sie beziehen sich aber nicht auf die Litiscontestation in dem heutigen Sinne, welcher damit seit dem J. Reichsabschiede verbunden wird, in welchem sie eine bestimmte und deutliche Erklärung des Beklagten auf die in der Klage enthaltenen thatsächlichen Behauptungen ist. Eine solche Erklärung verlangt ihrem Wesen nach die Clementine: verum quia iuxta petitionis formam pronunciatio sequi debet, pro parte agentis, et etiam rei, si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda, sive scriptis, sive verbo etc. Böhmer, ius eccl. Prot. Lib. II. tit. 5. §. 5. Linde, Civilproc. §. 331, N. 6. Bayer a. a. O. §. 49, N. 13. Mittermaier a. a. O. S. 132. Schmid a. a. O. §. 177, N. 24.

490) Clem. cit. — — et etiam rei, si quid petere voluerit, etc. Mittermaier a. a. O. S. 136 flg. Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 13. Bayer a. a. O. §. 49, N. 15. Schmid a. a. O. Landesgesetze enthalten darüber häufig sehr in das Einzelne gehende Bestimmungen. Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 136, 137 und wegen der Länder des sächsischen Processes Heimbach, Lehrbuch des sächsischen bürgerl. Processes Bd. II, §. 14, 27, 39, 84, 94, 109.

491) Bayer a. a. O. §. 49. Schmid a. a. O.

492) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 13. Grolman, Theorie §. 228. Bayer a. a. O. §. 49, N. 16. Schmid a. a. O.

fällen; dies schließt aber nicht aus, daß aus besonderen Gründen, namentlich wenn auf die von einer Partei vorgebrachten Thatsachen der Gegner sich ohne weitere Vorbereitung zu erklären nicht wohl im Stande ist, eine Ausnahme stattfinde und ein neuer Termin zur weiteren Verhandlung angesetzt werde[493]). Bei der mündlichen Verhandlung ist es Pflicht des Richters, sein Frage- und Aufhellungsrecht umfassend anzuwenden und ohne Verletzung der Verhandlungsmaxime dadurch die Parteien zur nöthigen Erläuterung und Vervollständigung ihrer Vorträge und Anträge und der Erklärungen über das Vorbringen des Gegners zu veranlassen[494]). Die den Parteien nicht zu verweigernden Rechtsausführungen werden am zweckmäßigsten vom Richter erst, nachdem sich die Parteien über die vom Gegner vorgebrachten Thatsachen bestimmt erklärt haben, zugelassen; schriftliche Rechtsausführungen sollten in einfachen Sachen nie geduldet werden[495]). Erst nach vollständigem Vortrage ihrer Ansprüche und deren Begründung von Seiten der Parteien und nachdem Unklarheiten und Unvollständigkeiten durch richterliche Fragen beseitigt worden sind, wird das Resultat der Verhandlung protocollirt[496]). Ein Beweisinterlocut kann auch hier vorkommen; bei mündlicher Verhandlung ist dasselbe am Schlusse des Protocolles zu ertheilen; Beweisauflagen finden natürlich nur hinsichtlich dessen statt, worüber nicht schon während der mündlichen Verhandlung eine übereinstimmende Erklärung der Parteien zu erzielen war und worüber nicht bereits rechtliche Gewißheit durch Beweisanticipation hergestellt ist[497]); außerdem ist ein endliches Erkenntniß zu ertheilen. 4) Der im summarischen Processe zu liefernde Beweis muß rücksichtlich seines Resultates ebenso vollständig sein, wie im ordentlichen[498]). Nur in Ansehung der Form ist der Beweis im summarischen Verfahren von dem des ordentlichen Processes verschieden und kann insofern, jedoch nur

493) Mittermaier a. a. O. S. 131.

494) Mittermaier a. a. O. S. 129, 130.

495) Mittermaier a. a. O. S. 142.

496) Die Clementine schreibt Protocollirung vor: — — actis tamen continuo (ut super quibus positiones et articuli formari debeant, possit haberi plenior certitudo, et ut fiat definitio clarior) inserenda. S. Mittermaier a. a. O. S. 141.

497) Mittermaier a. a. O. S. 144. Bayer a. a. O. §. 49.

498) Unrichtig ist die Ansicht derjenigen, welche im summarischen Processe eine bloße Bescheinigung (demonstratio) in dem Sinne eines unvollständigen Beweises, der Herstellung einer bloßen Wahrscheinlichkeit allgemein für hinreichend halten; in einzelnen summarischen Proceßarten genügt allerdings ausnahmsweise Herstellung bloßer Wahrscheinlichkeit. Vgl. gegen diese Ansicht Schmid, Hdbch. §. 119 und 177. Selbst die Clementine fordert den nothwendigen Beweis: Non tamen sic iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae admittantur. S. Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 14. Mittermaier a. a. O. S. 142 flg. Grolman, Theorie §. 229. Bayer a. a. O. §. 49, N. 17.

in dieser Beziehung, allerdings Bescheinigung genannt werden[499]). Es sind nämlich durch Gesetz und Praxis einzelne Abweichungen hinsichtlich der Förmlichkeiten der Beweisführung eingeführt. Die Frist zur Beweisantretung ist auch im summarischen Processe eine peremtorische[500]) und wird gewöhnlich vom Richter zu Protocoll bestimmt[501]). Der Gegner des Beweisführers hat, wenn er gegenwärtig ist, sich sofort über die Beweisantretung überhaupt und die vorgeschlagenen Beweismittel insbesondre zu erklären; ist er abwesend, so wird ihm unter Mittheilung der Beweisantretung eine Frist zum Vorbringen der Beweiseinreden bestimmt[502]). Bei dem Zeugenbeweise ist die Einreichung von Beweisartikeln zwar zulässig[503]) und im Falle der Einreichung von Artikeln der Gegner mit seinen binnen kurzer Frist einzureichenden Fragstücken zuzulassen[504]); gewöhnlich ist aber die Einreichung von Artikeln nicht, vielmehr bezeichnet der Beweisführer die Umstände, worauf der Zeugenbeweis gerichtet sein soll, zu Protocoll[505]). Letzteren Falles bedarf es keiner Fragstücke, sondern der Richter fordert den Gegner zur Bezeichnung der Punkte auf, worüber er die Vernehmung der Zeugen wünscht[506]). Daß dem Gegner des Beweisführers die von letzterem benannten Zeugen namhaft gemacht werden, ist deshalb nothwendig, damit der Gegner seine Einreden gegen die Zeugen vorbringen könne[507]). Vereidung der Zeugen ist nach gemeinem Rechte erforderlich[508]), da dasselbe für den summarischen Proceß keine Abweichung von der im ordentlichen Processe diesfalls geltenden Regel enthält. Particularrechte lassen bisweilen bloßes Handgelöbniß der Zeugen statt des förmlichen Zeugeneides genügen, was Manches für sich, Manches gegen sich hat[509]) und nur

---

499) Schmid a. a. O. §. 118, 177.

500) Die in der Clementine angeordnete richterliche Bestimmung einer peremtorischen Frist zur Production aller Beweismittel kommt jetzt ebenso im ordentlichen Processe vor.

501) Mittermaier a. a. O. S. 145.

502) Mittermaier a. a. O. S. 145. Die Beweiseinreden dürfen dem Gegner weder in dem einen, noch in dem anderen Falle entzogen werden, weil sie unter den defensiones legitimae mit begriffen sind, welche abzuschneiden die Clementine untersagt. Mittermaier ebd. Bayer a. a. O. §. 49, N. 21.

503) Clem. cit. Bayer a. a. O. §. 49. Mittermaier a. a. O. S. 145.

504) Bayer a. a. O. §. 49, N. 21. Mittermaier a. a. O. S. 146. Es genügt indessen, wenn der Gegner, statt ihm die Einreichung von Fragstücken freizustellen, vom Richter zur Bezeichnung der Punkte, über welche er die Zeugen gleichfalls vernommen wünscht, aufgefordert wird. Mittermaier ebd.

505) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 14. Bayer a. a. O. §. 49. Mittermaier a. a. O. S. 146.

506) Mittermaier ebd.

507) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 12 u. 14.

508) Claproth, summ. Proceß S. 31. Mittermaier a. a. O. S. 148.

509) Mittermaier a. a. O. S. 147, 148. Dafür läßt sich anführen,

dann unbedenklich ist, wenn die Strafgesetzgebung eine Versicherung an Eides Statt einem wirklichen Eide in Ansehung der Strafen des Meineides gleichstellt[510]). Ueber die Zahl der zur Herstellung vollständigen Beweises erforderlichen Zeugen gelten dieselben Grundsätze, wie im ordentlichen Processe[511]). Dagegen ist dem Richter zur Pflicht gemacht, überflüssige Zeugen nicht abzuhören[512]). Statt der Auferlegung des Zeugenrotuls, welche im summarischen Processe unterbleibt, werden die Aussagen der Zeugen sofort im Termine den erschienenen Parteien mitgetheilt[513]). Nur in verwickelten Sachen und wenn wegen der großen Zahl der vernommenen Zeugen und der vielen Punkte, über welche sie ausgesagt haben, eine Verwirrung zu besorgen ist, kann ein Zeugenrotul ausgefertigt werden[514]). Hauptschriften werden nur dann zugelassen, wenn über Beweiseinreden zu verhandeln ist, oder die ge-

---

daß durch die Vervielfältigung der Eide das Ansehen derselben sehr geschwächt wird und das geringe im summarischen Processe verfolgte Object außer Verhältniß zu der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides steht; dagegen ist zu erinnern, daß wenn die Zeugen wissen, daß kein Eid verlangt wird, sie sich leicht überreden können, daß auf eine unbeschworene Aussage nicht viel ankomme. Mittermaier ebd. S. 148.

510) Dies ist z. B. der Fall im thüringischen Strafgesetzbuche Art. 176. Zu den Particulargesetzen, welche in summarischen Sachen nicht förmlichen Zeugeneid verlangen, gehören einzelne sächsische. Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. §. 11, N. 6. §. 19, S. 58. §. 23, 25, 31.

511) Mittermaier a. a. O. S. 149. Einzelne Landesgesetze lassen im summarischen Processe die Aussage Eines classischen Zeugen genügen. Vgl. außer den von Mittermaier ebd. angeführten Gesetzen das Altenb. Gesetz über den unbest. summ. Proc. vom 7. April 1823 §. 217 (in Bagatellsachen) Heimbach a. a. O. §. 33, S. 98.

512) Clem. cit.: testium superfluam multitudinem refrenando. Diese Worte können nicht mit Claproth, summ. Proc. S. 31 und Anderen dahin verstanden werden, daß der Richter von den mehreren benannten Zeugen zwei auswählen, die übrigen aber zurückweisen solle, weil möglicher Weise erst durch die Aussage aller benannten Zeugen der Beweissatz dargethan werden kann, auch die Benennung mehrerer Zeugen deshalb erfolgt sein kann, weil der Beweisführer nicht mit Sicherheit wissen kann, welche Zeugen klar und behufig aussagen werden, und der Richter vielleicht gerade die Zeugen auswählt, die am wenigsten von dem, was sie bekunden sollen, wissen, daher in dieser dem Richter zustehenden Auswahlbefugniß eine wesentliche Verletzung der Rechte des Beweisführers liegen würde. Die von Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 14. Danz, summ. Proc. §. 10, für den Fall, daß durch die Aussagen der vom Richter ausgewählten Zeugen der Beweissatz nicht erwiesen wird, dem Beweisführer gestattete Benutzung der übrigen vorgeschlagenen Zeugen dient eher zur Verzögerung als zur Beschleunigung des Verfahrens und ist daher mit dem Zwecke des summarischen Processes nicht vereinbar. Man kann jene Worte der Clementine nur dahin mit Mittermaier a. a. O. S. 149 verstehen, daß der Richter solche Zeugen, welche über offenbar unerhebliche Thatsachen vorgeschlagen und daher überflüssig sind, nicht abhören solle. Schmid a. a. O. §. 177.

513) Mittermaier a. a. O. S. 150 und im Archiv für civil. Prax. Bd. V, S. 207. Bayer a. a. O. §. 49. Schmid a. a. O.

514) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 81, §. 14. Grolman, Theorie §. 229. Linde, Civilpr. §. 332. Schmid a. a. O.

ringere Beweiskraft eines bestimmten Beweismittels oder die besondere Art, wie der Beweisführer durch das Ergebniß der Beweismittel den Beweis herstellen will, den Gegenstand der Ausführung bilden soll[515]); außerdem müssen die Parteien das, was sie im ordentlichen Processe in den Hauptschriften auszuführen haben, im Termine zur mündlichen Verhandlung dem Richter vortragen oder zu Protocoll geben[516]). Jedenfalls ist aber den Parteien das Ergebniß der Beweis- und Gegenbeweisführung bekannt zu machen, sei es durch Vorlesung bei einfacheren Sachen, oder bei wichtigeren durch Gestattung der Acteneinsicht oder Mittheilung von Abschriften[517]). Bei unterlassenem Vorbringen von Einreden gegen die Person der Zeugen ungeachtet einer zum Vorbringen solcher erlassenen peremtorischen Auflage, kann der Richter sofort das endliche Erkenntniß fällen, weil dann die Ausführungen der Parteien, welche den Beweis als gelungen, bezüglich als mißlungen darstellen, doch nur dasjenige würde enthalten können, was der Richter aus den Acten und vermöge seiner Reflexion wissen muß[518]). Auch bei den übrigen Beweismitteln kann das Hauptverfahren in denselben Fällen wegbleiben, in welchen es bei dem Zeugenbeweise überflüssig ist. Uebrigens ist das Beweisverfahren im summarischen Verfahren von dem im ordentlichen Processe nicht verschieden[519]); nur können die Fristen und Termine abgekürzt werden. Der Actenschluß kann im summarischen Processe unterbleiben[520]). Die Urtheile werden gewöhnlich blos zum Protocolle bemerkt und ohne vorgängige peremtorische Ladung den Parteien entweder sofort mitgetheilt, oder in Kraft der Bekanntmachung (in vim publicati) zugefertigt[521]). Ueber die Rechtskraft, das Exe-

---

515) Gönner und Grolman a. a. O. Mittermaier, summ. Proc. S. 150 flg. Bayer a. a. O. §. 49. Schmid a. a. O.

516) Mittermaier a. a. O. S. 150, 151. Schmid a. a. O.

517) Gönner a. a. O. §. 14. Schmid a. a. O.

518) Grolman, Theorie §. 229. Bayer a. a. O. §. 49. Mittermaier a. a. O. S. 151. Schmid a. a. O.

519) Bayer a. a. O. §. 49. Die in manchen Particulargesetzen hier ausgeschlossene Gewissensvertretung ist nach gemeinem Rechte statthaft. Mittermaier a. a. O. S. 151. Außer den von diesem Schriftsteller angeführten Landesgesetzen schließen mehrere der Länder des sächsischen Processes die Gewissensvertretung aus. Altenb. Proceßordn. P. II. Cap. 1, §. 9. Reuß. j. L. Gesetz über den unbest. summ. Proceß vom 24. März 1838 §. 49. Sondersh. Gesetz vom 21. Mai 1826 §. 64. Rudolst. Gesetz vom 26. August 1840 §. 11.

520) Clem. cit. — — Sententiam vero definitivam — proferat: etiam (si ei videbitur) conclusione non facta. Danz, ordentl. Proc. §. 9. Bayer a. a. O. §. 49, N. 23. Mittermaier a. a. O. S. 154. Schmid a. a. O.

521) Clem. cit. — — Sententiam vero definitivam (citatis ad id licet non peremtorie partibus) in scriptis, et (prout magis sibi placuerit) stans vel sedens proferat. Bayer a. a. O. §. 49 a. E. Mittermaier a. a. O. S. 154. Schmid a. a. O. u. A. Dagegen wollen Grolman, Theorie §. 230. Gönner a. a. O. §. 15 die im ordentlichen Processe gewöhnliche Art der Publication, zur Vermeidung von Verwirrungen bei der Berechnung der Nothfristen, beibehalten wissen.

cutionsverfahren und die Rechtsmittel gelten die im ordentlichen Processe maßgebenden Grundsätze[522]). In einzelnen summarischen Proceßarten ermangeln die Rechtsmittel des Suspensiveffectes[523]). Die Grundsätze der zur Abkürzung des Verfahrens so wirksamen Eventualmaxime sind im summarischen Processe besonders streng einzuhalten, obwohl die Nachtheile des Ungehorsams dieselben sind, wie im ordentlichen Processe[524]). Abkürzung der Fristen und Vorschreibung sofort peremtorischer Fristen ist dem Richter als hauptsächlichstes Mittel der Beschleunigung des Verfahrens zu empfehlen; erstere ist gesetzlich geboten[525]), letztere zwar nicht, aber doch dem Zwecke des kanonischen Gesetzes entsprechend[526]).

Heimbach sen.

Proceßparteien. I. Begriff des Klägers und des Beklagten und Unterschied ihrer Stellung[1]). Zu den Hauptpersonen im Processe gehören außer dem Gerichte auch noch die Parteien (streitende Theile, Streittheile). Außer den Parteien, dem Kläger und dem Beklagten, kommen auf Seiten derselben auch Nebenpersonen im Processe vor, welche entweder die Parteien vertreten (Procuratoren, Stellvertreter) oder denselben im Processe Beistand leisten (Advocaten, Rechtsbeistände). — Die im Processe einander gegenüberstehenden Parteien dürfen nach römischem Rechte nicht im Verhältnisse der Personeneinheit zu einander stehen[2]). Dies litt schon im römischen und kanonischen Rechte Beschränkungen[3]). Im heutigen Rechte, wo das germanische Recht auf die römische väterliche Gewalt modificirend eingewirkt hat, kann dieselbe als ein Hinderniß der Proceßführung zwischen dem Vater und den Kindern in seiner Gewalt nicht mehr angesehen werden. Seitdem schon das römische Recht durch die Lehre von den Peculien die Möglichkeit der Erwerbung eines besonderen Vermögens für die Kinder herbeigeführt hat, muß nicht blos hinsichtlich des castrense und quasi castrense peculium, sondern auch in Ansehung

---

522) Nach Particulargesetzen tritt sehr häufig eine größere Beschränkung der Rechtsmittel im summarischen Processe ein.

523) Z. B. in Besitzstreitigkeiten, bei provisorischen und Arrestverfügungen, im unbedingten Mandatsprocesse. S. Schmid, Hdbch. §. 231.

524) Mittermaier a. a. O. S. 134. Wegen der nicht abweichenden Folgen des Ungehorsams vgl. Grolman, Theorie §. 228 a. E.

525) Clem. cit. — — amputet dilationum materiam.

526) Grolman a. a. O. Bayer a. a. O. §. 49, N. 4. Schmid a. a. O. §. 177, N. 72.

1) Leyser, Medit. ad Pand. Sp. 468 med. 37. Weber, Beiträge Bd. I, §. 1. Heffter, Civilpr. §. 104. Gönner, Hdbch. des gem. teutsch. Proc. Bd. I, N. 13. Linde, Civilpr. §. 108. Brackenhöft, Erört. S. 277 flg. Bayer, Vortr. über den ordentl. Civilpr. S. 59 flg., 8. Ausg. Schmid, Hdbch. des Civilpr. Bd. I, §. 59.

2) L. 4. 11. D. (5. 1.)

3) Vgl. L. 4. D. (5. 1.) L. 5. §. 8. D. (25. 3.) L. 92. D. (35. 1.) Cap. 11. X. (4. 1.)

der sog. Adventitien eine Möglichkeit der Proceßführung zwischen Vater und Kindern auch schon nach dem römischen Rechte angenommen werden. Das teutsche Recht hat das mundium des Vaters, aus welchem, und der römischen väterlichen Gewalt, dasjenige, was im jetzt geltenden Rechte väterliche Gewalt genannt wird, zusammengesetzt ist[4]), nie als ein Hinderniß der Proceßführung zwischen Vater und Kindern betrachtet, so wenig, wie als Hinderniß der Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kindern. Die von den Juristen zur Eingehung der Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kindern ersonnene besondere Emancipation ist an sich widersinnig; sie giebt aber nichtsdestoweniger einen unzweideutigen Beleg für die Unanwendbarkeit der im römischen Rechte angenommenen Personeneinheit zwischen Vater und Kindern in Teutschland und für die fortwährend sich geltend machende entgegengesetzte teutsche Rechtsansicht, deren Verkennung aus Anhänglichkeit an das römische Recht die Juristen zu dem Institute der besonderen Emancipation geführt hat[5]), um die abweichende einheimische Rechtsansicht mit dem römischen Rechte in Einklang zu bringen. Für das jetzt geltende gemeine Recht ist als feststehend und auch in der Praxis überall anerkannt anzunehmen, daß Processe zwischen Vater und Kindern in seiner Gewalt für zulässig gehalten werden müssen[6]), und wenn in den Lehrbüchern des heutigen römischen Rechtes und in der Theorie des gemeinen Processes das Gegentheil vorgetragen wird, so beruht dies auf einer Unkenntniß des wirklichen Rechtslebens, des jetzt bestehenden Rechtszustandes[7]).

Kläger (actor) ist derjenige, welcher die Hilfe des Staates zu dem Zwecke anruft, daß der Gegner zu einer Handlung, Unterlassung oder Anerkennung eines Rechtes für schuldig erkannt werde; Beklagter (reus)[8]) ist derjenige, welcher den Angriff des Klägers abzuwehren und

---

4) Kraut, Vormundschaft nach teutsch. Rechte Bd. II, S. 618. Heimbach in der von Ortloff herausgegebenen jurist. Abhandlung Bd. I, S. 588—591.

5) Kraut a. a. O. S. 636 flg.

6) Kraut a. a. O. S. 638.

7) So kann für die Länder sächsischen Rechtes bezeugt werden, daß Processe zwischen Vater und Kindern wegen Gewährung und Theilung des mütterlichen Nachlasses, häufig genug vorkommen. Die sächsischen Proceßgesetze lassen ausdrücklich zu, daß, wenn Kindern unter väterlicher Gewalt ein besonderer Curator ihres Muttertheiles halber oder sonst verordnet ist, dieser dieselben in den Sachen, wozu er bestellt ist, vor Gericht vertrete, mithin auch gegen den Vater, wenn dieser den Kindern als Gegner gegenübersteht. Erl. Proceßordn. Tit. IX, §. 1. Altenb. und Goth. Proceßordn. P. I. Cap. 6, §. 2. Die Goth. Proceßordn. P. I. Cap. 2, §. 1, 2 erkennt ausdrücklich an, daß der Haussohn wegen des castrense und quasi castrense peculium selbst gegen den Vater processiren könne. Abgesehen von Particulargesetzen ist die einheimische Rechtsansicht in den Ländern sächsischen Rechtes stets überwiegend gewesen.

8) Ueber andere Bedeutungen von reus vgl. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechtes s. v. reus. Die griechischen Ausdrücke im Alt=

durch seine Vertheidigung die Abweisung des Klägers in der Sache selbst zu bewirken sucht. Der Kläger sucht Veränderung des bisherigen factischen Zustandes zu seinen Gunsten; der Beklagte bezweckt durch seine Vertheidigung nur die Fortdauer des bestehenden factischen Zustandes, nicht aber eine Veränderung desselben[9]). Durch die angegebenen Merkmale wird die Rolle des Klägers in materieller Beziehung charakterisirt; in formeller Beziehung erscheint derjenige als Kläger, welcher in der zu verhandelnden Sache zuerst die Staatshilfe in Anspruch nimmt, dessen Gegner aber als Beklagter. Die iudicia duplicia haben das Besondere, daß bei ihnen jede der Parteien in materieller Beziehung die Eigenschaft des Klägers und des Beklagten an sich trägt, während in formeller Beziehung nur Eine als Kläger erscheint[10]). Die Verbindung einer Wiederklage mit der Vorklage bewirkt eine Vereinigung beider Eigenschaften in beiden Beziehungen, obwohl in verschiedenen Sachen. Die Regel, reus excipiendo fit actor, hat nicht die Bedeutung, daß der eine Einrede vorschützende Beklagte dadurch Kläger werde, sei es in materieller oder formeller Beziehung, daher der schlimmste Fall im Processe nur Abweisung des Klägers sein kann[11]); vielmehr hat jene Regel nur Anwendung auf einzelne Verhältnisse, namentlich wird in deren Folge der Beklagte ebenso zum Beweise der Einreden verpflichtet, wie der Kläger hinsichtlich der Klage[12]). In anderen Beziehungen gilt der Grundsatz: actionis verbo non continetur exceptio[13]). Die Stellung des Beklagten ist in den Gesetzen mehr begünstigt, als die des Klägers[14]), was sich in verschiedenen Beziehungen zeigt[15]).

---

griechischen sind für actor ὁ διώκων, für reus ὁ φεύγων, daher auch im justinianeischen Rechte bisweilen der Beklagte pars fugiens heißt, z. B. L. 13. §. 2. C. (III. 1.) In den Basiliken heißt actor ὁ ἐνάγων, reus ὁ ἐναγόμενος.

9) Daher kann der Kläger in der Regel auch nicht verurtheilt werden, außer in die Proceßkosten. Hinsichtlich dieser gestatten und befehlen die Verurtheilung auch des Klägers, L. 13. §. 6. L. 15. C. (III. 1.) L. 3. C. (VII. 51.)

10) L. 10. D. (10. 1.) L. 2. §. 3. D. (10. 2.) §. 7. fin. Inst. (IV. 15.) L. 37. §. 1. D. (44. 7.) L. 13. 14. D. (5. 1.)

11) L. 2. pr. §. 3. D. (44. 1.) Cap. 2. §. 1. X. (2. 10.) Die Behauptung von Leyser l. c. daß der Kläger in Folge einer Exception auch condemnirt werden könne, läßt sich auf §. 34. Inst. (IV. 6.) nicht stützen. Denn nach dieser Stelle liegt ein Antrag des Klägers auf Condemnation vor, wobei ein Irrthum in der Summe vorhanden ist, den der Kläger in eodem iudicio verbessern darf. §. 35. Inst. eod. Weber a. a. O. S. 4, 5. Particulargesetze lassen bei der exceptio compensationis, wenn die Gegenforderung die geklagte Forderung übersteigt, Verurtheilung des Klägers in den Mehrbetrag zu. Zus. VI, N. 1, z. Goth. Proceßordn. Goth. Ges. über den unbest. summ. Proc. v. 12. October 1837 §. 10.

12) L. 19. D. (22. 3.) Weber a. a. O. S. 3, N. 5.

13) L. 8. §. 1. D. (50. 16.)

14) L. 125. D. (50. 17.)

15) Anwendungen finden sich in L. 23. L. 126. §. 1. L. 128. pr. L. 154. D. (50. 17.) und in noch vielen anderen Stellen. Oft beruht der Vorzug der

II. Streitgenossenschaft (litis consortium)[16]. Vereinigung von Rechtsstreitigkeiten unter mehr als zwei Personen (sog. subjective Klagenhäufung und litis consortium) ist durch das Dasein mehrerer Klagrechte unter verschiedenen Personen bedingt, welches in dreifacher Weise vorkommen kann, entweder so, daß dieselbe Person Ansprüche gegen Mehrere hat, oder Mehreren Forderungen gegen dieselbe Person zustehen, oder Mehrere Ansprüche gegen Mehrere haben. Im römischen Proceßverfahren wird für jeden Rechtsstreit Ein Kläger und Ein Beklagter vorausgesetzt. Die Coexistenz mehrerer Klagrechte unter verschiedenen Personen könnte regelmäßig nur zu so viel Rechtsstreitigkeiten führen, als ein Kläger von einem Beklagten etwas zu fordern hat, ohne Unterschied, ob der Entstehungsgrund der Forderungen derselbe oder verschieden ist[17].

A. Römisches Recht. Im römischen Rechte zeigt sich aber häufig eine Verbindung der Rechtsstreitigkeiten von mehr als zwei Personen zu Einem Verfahren, bald so, daß ein Kläger mehrere Beklagte, bald so, daß mehrere Kläger denselben Beklagten, bald so, daß mehrere Kläger mehrere Beklagte verklagen, welche Verbindung zur Zeit des Formularprocesses darin ihren Ausdruck fand, daß mehr als zwei Personen an denselben iudex verwiesen wurden, im späteren Verfahren darin, daß Mehrere gemeinschaftlich in demselben Rechtsstreite vor demselben Beamten handeln und beurtheilt werden. Diese Erscheinung ist als eine Vereinigung mehrerer Processe aufzufassen[18]. Durch diese Vereinigung wird die juristische Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites nicht verändert; es werden dadurch nur gewisse Vortheile durch Ersparung von Zeit und Mühe erreicht. Die Ver-

---

Beklagten auf der anderen Rechtsregel: in pari causa melior est conditio possidentis.

16) Literatur: Abgesehen von älteren Dissertationen über diesen Gegenstand (Wildvogel, de consortibus litis, 1609. Canz, de uno ex pluribus litis consortibus suo, non alieno nomine agente, 1766) sind zu erwähnen Siegfrieden, de eiusdem litis consortibus, 1815. Martin, im Magazin für den Proc. Bd. I, S. 11—62, 170—256, 346—400. Reinhardt, Hdbch. des ordentl. Proc. §. 54—60. Gesterding, Nachforschungen Bd. II, S. 371 flg. Seuffart u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung Bd. I, S. 185. Scholz, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 267 flg. Linde ebd. Bd. XV, S. 356 flg. Bd. XVI, S. 91 flg. Linde, Lehrbuch des Civilproc. §. 109. Brackenhöft, Erört. S. 280 flg. Schmid, Hdbch. des Civilproc. Bd. I, §. 60. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrechte, 1844 §. 16—18, S. 105—157. §. 49—52, S. 385—430. §. 67, S. 547 flg. Letzterem Schriftsteller ist man vorzugsweise gefolgt.

17) Daher entstehen aus einem Klagrechte mehrere von einander unabhängige, z. B. durch Beerbung des Klägers von Seiten mehrerer Erben. L. 31. D. (5. 1.)

18) Planck a. a. O. S. 105—107. Der Grundsatz, daß es im Processe nur zwei Parteirollen gebe, die des Klägers und die des Beklagten, steht mit der Annahme, daß mehr als Eine physische Person Kläger oder Beklagte sein könne, in Widerspruch. Planck a. a. O.

einigung ist Sache der richterlichen Proceßleitung, welche durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit des einzelnen Falles geleitet wird, weniger durch allgemeine Regeln, welche, wenn sie auch vorhanden sind, nur Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen, nicht positive Vorschriften für dasselbe bilden. Anträge und Bitten der Parteien, welche nicht ausgeschlossen sind, sind nicht maßgebend für das richterliche Ermessen. Die Voraussetzungen, unter welchen der Beamte die Vereinigung vornehmen kann, sind nach römischem Rechte: 1) daß alle Erfordernisse vorliegen, um jeden einzelnen Rechtsstreit bei ihm anbringen zu können; 2) daß alle gleichzeitig angebracht werden. In der ersten Voraussetzung liegt, daß alle einzelnen Kläger und Beklagte fähig sein müssen, vor Gericht aufzutreten, und daß dem Beamten Gerichtsbarkeit und Competenz für jeden einzelnen Rechtsstreit, letztere mithin für jeden einzelnen Beklagten, zustehen müsse[19]). Die zweite Voraussetzung ist das gleichzeitige Anbringen der Klagen. Es wurde aber nicht das gleichzeitige Beginnen der mehreren Processe in demselben Augenblicke von vorn herein verlangt, sondern es genügte der Anfang des zweiten zu vereinigenden Processes vor Beendigung des ersten[20]). Das gleichzeitige Anbringen hing gänzlich von der Willkür des Klägers oder der mehreren Kläger ab; ein Zwang dazu fand nicht statt. Die noch so zweckmäßig erscheinende Vereinigung konnte nicht erzwungen werden, wenn der Kläger die übrigen Beklagten nicht ebenfalls verklagen wollte, oder die übrigen Kläger jetzt nicht klagen wollten. Daher hatte auch der Beklagte keine Einrede, auf deren Grund er die Einlassung bis zur Zuziehung noch anderer Beklagter oder bis zum Auftreten anderer Kläger verweigern durfte. Vielmehr wird in mehreren Stellen die Proceßführung über ein Rechtsverhältniß auch dann zugelassen, wenn nicht alle dabei betheiligten Personen daran Theil nehmen[21]). Die so häufig angenommene sog. exceptio plurium litis consortium, kraft welcher der Beklagte jede Einlassung soll verweigern können, wenn noch andere Personen als Kläger oder Beklagte bei dem den Gegenstand des gegen ihn anhängig gemachten Rechtsstreites bildenden Rechtsverhältnisse betheiligt sind, bis dahin, wo jene noch zugezogen worden sind, ist im

---

19) Vgl. die nähere Ausführung bei Planck a. a. O. S. 108—112.

20) L. 9. pr. D. (40. 12.)

21) L. 9. pr. §. 1. D. (40. 12.) L. 44. pr. D. (5. 1.) (Daß mit letzterer Stelle L. 2. D. (11. 2.) nicht in Widerspruch stehe, zeigt mit Rücksicht auf L. 5. C. (V. 51.) Planck a. a. O. S. 116—118). L. 2. §. 4. D. (10. 2.) womit Paulus, Sent. recept. I. 18. §. 4. nicht in Widerspruch steht, indem dessen Worte: alioquin inutiliter datur nicht so zu verstehen sind, daß der Proceß nichtig sei, sondern vielmehr so, daß derselbe unzweckmäßig geführt sei, indem die Theilung regelmäßig keinen Erfolg hat. Planck a. a. O. S. 119. Diese Stellen betreffen die Verhältnisse mehrerer Miteigenthümer an einem Sclaven, das Verhältniß des Pupillen zu mehreren Tutoren, endlich das Verhältniß Mehrerer, welche bei den Theilungsklagen betheiligt sind.

römischen Rechte nicht begründet[22]). Außer jenen beiden Voraussetzungen, unter welchen der römische Beamte die Vereinigung vor-

22) Die Gegner berufen sich a) auf mehrere Stellen, welche das Civilrecht betreffen, aber von einer solchen die Proceßführung betreffenden Einrede nichts enthalten. Diese Stellen betreffen zum Theil den Fall einer untheilbaren Leistung als Gegenstand einer Obligation, bei welcher mehrere einzelne Personen die Berechtigten oder die Verpflichteten sind. Ist nach der Absicht der Contrahenten oder vermöge des Gesetzes jeder in solidum berechtigt oder verpflichtet, so hat die Erfüllung keine Schwierigkeit. Ist dies nicht der Fall, so war doch nach älterem römischen Rechte die Belangung jedes einzelnen Verpflichteten zulässig, weil die Condemnation immer auf das Interesse ging, und dieses zu Geld anzuschlagen und daher theilbar war. Bei mehreren Berechtigten war dies nicht möglich und daher konnte jeder Einzelne das Recht nur mit Zustimmung aller Uebrigen ausüben, d. h. nur mit Zustimmung aller Uebrigen klagen. So sind zu verstehen L. 31. §. 5. 7. 8. D. (21. 1.) L. 84. D. (30.) L. 48. D. (10. 2.) Es wird damit nicht gesagt, daß der Proceß nur von Allen geführt werden könne, sondern auch jeder Einzelne wird klagen können, wenn er nur des Einverständnisses aller Uebrigen in dieser Art der Ausübung des Rechtes in der Klage gedenkt. Wenn, bis dieses geschieht, der Beklagte den Proceß gegen den Einzelnen gewinnen muß, so liegt der Grund davon nicht in der Nothwendigkeit der Vereinigung aller Berechtigten zu Einer Proceßführung, sondern in der auf der zum Grunde liegenden Obligation beruhenden Unzulässigkeit der Verurtheilung des Beklagten zu einer theilweisen Leistung, welche Unzulässigkeit im Civilrechte ihren Grund hat, keine Einrede mehrerer Streitgenossen begründet. Für das spätere römische Recht gilt dasselbe, im Falle mehrerer Verpflichteter, seitdem die Condemnation und Execution nicht mehr auf eine Geldsumme, sondern auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation geht. Der einzelne Verpflichtete ist nur mit den Anderen zusammen die Leistung zu bewirken verbunden, nicht allein, wodurch aber keine Einrede mehrerer Streitgenossen begründet wird. Ribbentropp, Correalobligation §. 24, II. Eine gemeinschaftliche Proceßführung kann der Beklagte nicht verlangen; sie kann sogar unnöthig und unzulässig sein, wenn der eine Verpflichtete leisten will, der andere aber nicht. Andere Stellen handeln von der Befreiung von einer Obligation durch solutio und erklären es für ungenügend, einen Theil zu leisten, es müsse das Ganze geleistet werden. So ist die Befreiung mehrerer Erben eines Verkäufers von der drohenden Verbindlichkeit zur Gewährleistung wegen Eviction nur dadurch möglich, daß entweder Alle den Käufer defendiren, oder Einer in solidum, weshalb auch der Käufer durch die Litisdenunciation Alle zur Vertheidigung in solidum auffordern muß. L. 85. §. 5. L. 139. D. (45. 1.) L. 62. §. 1. D. (21. 2.) In noch anderen Stellen wird erörtert, wenn die solutio an Einzelne der Berechtigten doch den Verpflichteten befreie. L. 14. D. (16. 3.) L. 81. §. 1. D. (46. 3.) Daß eine gemeinschaftliche Proceßführung nothwendig sei und deshalb der einzelne Beklagte die Einlassung verweigern könne, wird nirgends gesagt. Planck a. a. O. S. 120—123. Wenn dagegen Linde, in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. XVI, S. 91 flg. bes. S. 97 flg. bemerkt, daß die angeführten Stellen nur davon reden, daß bei einigen untheilbaren Rechtsverhältnissen die mehreren Berechtigten oder Verpflichteten gemeinschaftlich handeln sollen, und erst die in den Stellen selbst freilich nicht unmittelbar ausgesprochene Folge davon sei, daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden müssen, und erst dadurch Litisconsorten werden, so erinnert Planck a. a. O. S. 123 flg. mit Recht, daß in den Stellen nicht von einem gemeinschaftlichen, sondern von einem übereinstimmenden Handeln der mehreren Berechtigten und Verpflichteten die Rede sei, vermöge der Uebereinstimmung zufällig auch eine Gemeinschaftlichkeit hervorgebracht werden, somit auch das

nehmen konnte, gab es keine dritte; namentlich war es keine Voraussetzung, daß die mehreren Klagen verschiedener Personen aus demselben oder einem verwandten Rechtsverhältnisse entspringen. Allerdings entschied aber über die Vereinigung nur das Ermessen des Beamten; eine Nothwendigkeit der Vereinigung war nicht vorhanden. Der Beamte entschied über die Vereinigung nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit, auf welche Entscheidung die Anträge und Vorstellungen der Parteien allerdings einwirken konnten. Allein nie ist bei einem römischen Juristen die Frage erörtert worden, ob ein Kläger auf der Vereinigung bestehen, oder ein Beklagter sie verweigern könne gegen den Willen des Prätor, der einen gemeinschaftlichen iudex geben oder nicht geben wollte. Die sog. subjective Klagenhäufung war nirgends verboten. Hiernach trat natürlich die Vereinigung vorzüglich wohl dann ein, wenn aus demselben Rechtsverhältnisse Mehrere berechtigt oder verpflichtet waren und nun gleichzeitig klagten oder verklagt wurden, weil durch Vereinigung der Processe Zeit und Mühe erspart werden konnte, auch dieselbe Frage nur Einmal zu untersuchen war. Diese Einheit des Rechtsverhältnisses war aber nicht Bedingung der Vereinigung; der Beamte war daran nicht gebunden, sondern konnte die Vereinigung auch aus verschiedenen Rechtsgründen herrührender Rechtsstreitigkeiten vornehmen, wenn sie ihm sonst zweckmäßig erschien. So finden sich Beispiele von Vereinigungen, wo Drei sich über eine Erbschaft streiten, von denen Jeder sie als die seinige beansprucht[23]), ferner wo Drei über die Theilung zweier Erbschaften streiten, von denen die zweite nur Zweien unter ihnen gemeinschaftlich ist[24]), überhaupt, wo zwei Theilungsklagen zwischen denselben Personen verhandelt werden[25]); dann, wo Zweie Miteigenthum an demselben Sclaven behaupten; nicht minder, wo Mutter und Sohn, jeder besonders, über die Freiheit streiten[26]); endlich wo Jemand Vormund zweier Brüder gewesen ist, welche nun

---

gemeinschaftliche Klagen und Verklagtwerden die zufällige Folge der gesetzlichen Nöthigung zum übereinstimmenden Handeln sein könne. b) Die Gegner berufen sich ferner auf die ratio legis, welche die Vereinigung der mehreren Processe eingeführt habe, und haben diese in der in L. 8. §. 1. D. (40. 12.) angedeuteten Besorgniß abweichender Entscheidungen über dasselbe Rechtsverhältniß (timor, ne varie iudicetur) zu finden geglaubt, indem sie daraus ableiteten, daß der Beklagte, insbesondre bei untheilbaren Rechtsverhältnissen, die Einlassung bis zur Zuziehung der übrigen Betheiligten verweigern dürfe, weil sonst abweichende und daher unausführbare Urtheile zu fürchten seien. Allein wenn auch den Römern, wo es anging, die Abwendung abweichender Entscheidungen durch eine Vereinigung wünschenswerth erschien, woraus sich jene Worte Ulpian's erklären, so blieb doch dadurch die Freiheit zu klagen, wenn und wo man wollte, ungekränkt, weshalb auch die Möglichkeit verschiedener Urtheile in derselben Sache zugestanden wird. L. 24. D. (5. 2.) Planck a. a. O. S. 124, 125.

23) Quinctil. Inst. Orat. (III. 6.) not. 95. sq.
24) L. 25. §. 4. D. (10. 2.)
25) L. 1. D. (11. 2.)
26) L. 23. §. 2. D. (40. 12.)

Herausgabe des Vermögens von ihm fordern[27]. Ausnahmsweise mußte die Vereinigung, wenn die beiden oben gedachten Voraussetzungen vorlagen, in folgenden Fällen stattfinden: 1) für Mehrere, welche Miteigenthum an demselben Sclaven behaupteten und dasselbe gegen ihn klagend verfolgten, mußte nach einem Senatusconsult aus nicht zu bestimmender Zeit Ein iudex gegeben werden, was die Juristen auf den Fall ausdehnten, wenn Einer das Eigenthum, der Andere den Nießbrauch oder ein Pfandrecht an demselben Sclaven klagend geltend machte[28]. 2) Nach kaiserlichen Rescripten mußten Klagen gegen mehrere Vormünder auf Ausantwortung des Vermögens nach Beendigung der Vormundschaft vor Einem iudex verbunden verhandelt werden[29]. 3) Bei den Theilungsklagen soll für die mehreren Betheiligten derselbe iudex gegeben werden. Die Theilungsklagen sind iudicia duplicia; bei ihnen ist materiell jeder Kläger und Beklagter, formell derjenige, welcher zuerst auf Theilung anträgt, eine gerichtliche Theilung veranlaßt[30]; es werden, weil jeder Betheiligter Kläger und Beklagter ist, mehrere Processe verbunden[31]. Der Satz, daß bei Theilungsklagen für die mehreren Betheiligten stets Ein iudex gegeben werden soll, findet sich in keiner Stelle ausdrücklich ausgesprochen ist, aber in vielen enthalten. Namentlich wird bei den Theilungsklagen immer nur Ein iudex genannt, obgleich mehr als zwei Personen an der Theilung betheiligt sind. 4) Haben sich Mehrere wechselseitig verbürgt, und Einer von ihnen wird verklagt, so sind nach Justinian's Vorschrift auch die Uebrigen, wenn sie an demselben Orte wohnen, zuzuziehen, um einen gemeinschaftlichen Proceß einleiten zu können[32]. Noch gab es zu Constantin's Zeit einen fünften, später durch Julian aufgehobenen Fall, in welchem der Beklagte die Einlassung bis zur Zuziehung der Uebrigen verweigern konnte. Die hierauf bezügliche Constitution Julian's findet sich im theodosianischen Codex[33] und ist mit Ausnahme des letzten Satzes, welcher eine uns nicht erhaltene Constitution Constantin's super consortibus aufhebt, in den justinianeischen Codex aufgenommen[34]. Unter den consortes, wovon

27) L. 39. §. 17. D. (26. 7.)

28) L. 8. §. 1. 2. D. (40. 12.)

29) L. 2. D. (11. 2.) L. 5. C. (V. 51.)

30) Vgl. über das provocare ad iudicium (L. 13. 14. D. (5. 1.) L. 2. §. 1. D. (10. 3.)) und dessen Sinn bei den Theilungsklagen Planck a. a. O. S. 131 flg.

31) Siehe die weitere Ausführung bei Planck a. a. O. S. 133 flg.

32) Nov. 99. cap. 1. §. 2. Nach den Worten der Novelle scheint es, als müsse der Richter die Uebrigen von Amtswegen zuziehen. Allein es ist ein Antrag des Klägers auf Zuziehung nothwendig, weil sonst eine gemeinsame Verurtheilung der Beklagten an ihn, wovon die Novelle ebenfalls redet, nicht möglich wäre. Planck a. a. O. S. 138.

33) L. un. C. Th. de domininio rei, quae poscitur, vel consortibus ab eo, cui denunciatum fuerit, postulandis (II. 5.)

34) L. 1. C. Iust. de consortibus eiusdem litis (III. 40.)

diese Stelle handelt, hat man auf Veranlassung des Titels des justinianeischen Codex de consortibus eiusdem litis sich gewöhnt, das zu verstehen, was die Neueren Litisconsorten oder Streitgenossen nennen, d. h. Personen, welche aus einem gemeinschaftlichen Rechtsgrund gemeinsam klagen oder verklagt werden. Hiernach soll nun Constantin verordnet haben, daß Niemand auf einen Proceß sich einzulassen verbunden sei, der gegen ihn ohne Zuziehung seiner oder des Klägers Consorten erhoben werde. Julian soll dies aufgehoben haben, nach der Meinung Einiger unbedingt, nach Anderen nur für theilbare Rechtsverhältnisse. Nach der ursprünglichen im theodosianischen Codex enthaltenen Constitution Julian's ist diese Bedeutung des Ausdruckes consortes nicht zu rechtfertigen. Zweifelhaft wird sie gemacht theils durch die Titelrubrik: de dominio rei, quae poscitur, theils durch die Worte possidentium astutia am Schlusse, theils dadurch, daß in der Stelle nicht von litis consortes, sondern blos von consortes die Rede ist, und litis consortes erst in der justinianeischen Rechtssammlung vorkommen. Die verloren gegangene Constitution Constantin's würde über die Bedeutung des Ausdruckes consortes Aufschluß geben können. In Ermangelung derselben läßt sich der Sinn nur wahrscheinlich machen [35]). Consortes heißen im älteren Rechte bis zu den Zeiten der classischen Juristen vorzugsweise die Personen, welche ihr Vermögen zusammen ungetheilt besitzen, was namentlich bei Brüdern hinsichtlich ihres ererbten väterlichen Vermögens erwähnt wird [36]). Ebenso heißt consors unter den Kaisern seit Constantin Jemand, der mit einem Anderen etwas Ungetheiltes zusammen hat oder ausmacht [37]), vorzugsweise derjenige, welcher mit einem Anderen einen ungetheilten Grundbesitz hat [38]). In Constantin's verlorener Constitution bezeichnet consortes wahrscheinlich die Besitzer ungetheilter Grundstücke, und die Verordnung selbst ging dahin, daß, wenn Jemand mit der Vindication ein Grundstück als sein Eigenthum anspreche, der Beklagte diejenigen angeben solle, mit welchen er das Grundstück ungetheilt besitze, worauf dann der Kläger auch diese übrigen Personen (consortes) zu verklagen verbunden sein solle, damit der Streit gemeinschaftlich verhandelt und entschieden werden könne; bis dahin konnte der zuerst Verklagte die Einlassung verweigern. Die Beklagten mißbrauchten dies zur Verschleppung der Processe, und dies war der Grund, weshalb Julian diese Verordnung Constantin's aufhob und das frühere Recht wieder-

35) Vgl. über das Bisherige und Folgende Planck a. a. O. S. 138 flg.

36) Festus s. v. actum citumque — s. v. sors — s. v. disertiones. Quinctil. declam. 320. 321. Plin. epist. (VIII. 18.) L. 31. §. 4. D. (27. 1.)

37) L. 1. 2. C. Th. si petitionis socius sine herede defecerit. L. 7. C. Th. de tironib.

38) L. 6. C. Th. de contrah. emt. (L. 14. C. eod.) Symmach. IX. ep. 29. L. Rom. Burgund. (ed. Schulting) tit. 18.

herstellte, so daß jeder Besitzer ohne Widerrede verklagt werden kann. So erklärt sich zunächst die Titelrubrik im theodosianischen Codex auf befriedigende Weise, indem die erste Hälfte darauf hinweist, daß vom Eigenthumsstreite gehandelt werden soll, und die zweite anzeigt, daß über die dabei vorkommende besondere Pflicht des Beklagten, seine Mitbesitzer zu intellectuellen Antheilen anzugeben, eine Bestimmung getroffen werden soll. Dann erklärt sich die Bezeichnung der Beklagten durch possidentes. Daß diese Erklärung richtig sei, wird auch noch durch andere Quellen bewiesen[39]). Justinian's Compilatoren haben nur die erste Hälfte der Constitution Julian's als L. 1. C. de consortibus eiusdem litis (III. 40.) aufgenommen. Dieser Titel folgt unmittelbar auf die Theilungsklagen und ist deshalb in den Basiliken mit dem tit. C. (III. 38.) communia utriusque iudicii, tam familiae erciscundae, quam communi dividundo verbunden worden[40]). Er entspricht dem Titel der Digesten 11, 2: de quibus rebus ad eundem iudicem eatur. In beiden Titeln sind Nachträge über die Theilungsklagen und dabei zugleich sonstige Bemerkungen über mehrere Personen, welche an Einem Rechtsstreite Theil nahmen, enthalten. In den Digesten handelt L. 2 von mehreren Tutoren, im Codex L. 2 von einem ähnlichen nicht näher bezeichneten Falle. Dies ist für L. 1. C. (III. 40.) insofern von Bedeutung gewesen, als die Compilatoren zu dem Zwecke der Vereinigung beider Stellen unter Einem Gesichtspunkte der Titelrubrik de consortibus den Zusatz: eiusdem litis gegeben haben, wodurch für die Zukunft ein richtiges Verständniß der L. 1 fast unmöglich wurde, zumal Julian's Constitution nicht einmal vollständig und in einem ganz unrichtigen Zusammenhange aufgenommen worden war. Jedenfalls haben die Compilatoren der L. 1 durch ihre Stellung, wie es scheint, unabsichtlich, eine andere Bedeutung gegeben, was sich schon in den Basiliken und noch früher bei Thaleläus zeigt[41]), wornach consortes solche sind, welche gemeinschaftlich

---

39) So ist erstlich die westgothische Interpretation zu L. un. C. Th. de dominio rei, quae poscitur, wichtig, indem sie einmal über die Bedeutung des Wortes consors zur Zeit Julian's Aufschluß giebt, da die Verfasser der Interpretation nicht viel später sind, und dann deutlich zeigt, daß von der vindicatio die Rede sei. Zweitens dürfte das Zeugniß des Verfassers der Lex Romana Burgundionum entscheidend sein, welcher beide Constitutionen Constantin's und Julian's besessen zu haben scheint, und den Inhalt der ersteren im tit. 29. (ed. Schulting), den Inhalt der letzteren im tit. 46. (ibid.) aufgenommen hat. Planck a. a. O. S. 144—146.

40) Basil. (XII. 3.) (ed. Heimbach): *κοινὰ ἑκατέρων δικαστηρίων, τῆς τε φαμιλίας διαιρέσεως καὶ τῶν κοινῶν πραγμάτων, καὶ περὶ κοινωνῶν τῆς αὐτῆς δίκης.*

41) In Basil. (XII. 3.) cap. 12. wird aus den consortes der L. 1. geradezu *πολλοί τινες ἐπίκοινον ἔχοντες δίκην* gemacht. Diese Auffassung rührt von Thaleläus her, aus dessen Commentar zum Codex diese Stelle entlehnt ist. Eben diese Auffassung haben die Scholien, von denen das erste dem Theodorus,

klagen oder verklagt werden sollen. Bis auf die neueste Zeit ist diese Auffassung die herrschende geblieben und hat die Benennung Litisconsorten für Mehrere, welche in verbundenen Processen streiten, veranlaßt. Erst Planck gebührt das Verdienst, die Unrichtigkeit dieser Benennung nach römischem Rechte und die Gründe dazu durch seine gründlichen Untersuchungen dargethan zu haben. — Was die Wirkungen der Vereinigung mehrerer Processe nach römischem Rechte betrifft[42], so wird dadurch die juristische Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites in der Regel nicht verändert, d. h. jeder einzelne Kläger oder Beklagte muß juristisch eben so beurtheilt werden, als wenn er allein mit dem einzelnen Gegner Proceß führte. Das römische Recht enthält verschiedene Andeutungen darüber, daß diese Auffassung für die vereinigten Processe galt. Die erste ist, daß, wenn gleich in Folge der Vereinigung gewöhnlich nur in Einem Urtheile das Resultat des Processes in Ansehung aller Streitenden ausgesprochen wird, juristisch betrachtet dieses Eine Urtheil in so viel Condemnationen zerfällt, als Personen vorhanden sind, und diese mehreren Condemnationen nur äußerlich verschmolzen erscheinen[43]. Eine zweite Anwendung zeigt sich in Bezug auf die Vertretung der Parteien, nämlich darin, daß in der Regel jeder einzelne Theilnehmer am Processe für seine Person einen besonderen Stellvertreter bestellen darf[44], sowie in den Ausnahmen, z. B. bei den Theilungsklagen, wo Mehrere gar nicht zusammen denselben Stellvertreter haben dürfen, damit jeder Einzelne als selbstständig für sich allein dastehend betrachtet und behandelt werden könne. Umgekehrt müssen in einigen Fällen Mehrere zusammen durch Einen Stellvertreter sich im Processe vertreten lassen, wie die mehreren Erben eines verstorbenen Beklagten, und mehrere Bürgen, welche für das iudicatum solvi sich verbürgt haben und den abwesenden Beklagten defendiren wollen[45], wovon der Grund darin liegt, ne defensio per plures scissa incommodo aliquo afficiat actorem. Dem Beklagten steht nicht dasselbe Recht zu, wenn der Kläger stirbt und mehrere Erben hinterläßt, wahrscheinlich weil er von vorn herein sich alle Gegner gefallen lassen muß, die gegen ihn auftreten, wofür er die vortheilhaftere Rolle des Beklagten hat. Die durch die Vereinigung der mehreren Processe möglichen factischen Vortheile bestehen zunächst in der vielfachen Ersparniß doppelter und mehrfacher Handlungen, deren Zusammenhang in Eins bei vereinigten Processen möglich ist, namentlich kann durch Ein Urtheil über die mehreren Processe entschieden werden; es ist dies aber nicht nothwendig, wenn dem Richter Separaturtheile zweckmäßiger scheinen.

---

die drei anderen dem Thaleläus angehören, und παραγραφαὶ zur Constitution sind. —

42) Vgl. Planck a. a. O. S. 148 flg.
43) L. 10. §. 3. D. (49. 1.) L. 1. 2. C. (VII. 55.)
44) L. 31. §. 1. D. (3. 3.) L. 2. C. (VII. 55.)
45) L. 48. D. (10. 2.) L. 5. §. 7. D. (46. 7.)

Auch in der Appellationsinstanz dauert die Vereinigung mitunter fort, was davon abhängt, ob der Richter erster Instanz durch Separaterkenntnisse die Vereinigung aufgehoben hat oder nicht, indem ersteren Falles jeder Verurtheilte besonders appelliren muß[46]), letzteren Falles gemeinschaftliche Appellation zulässig ist, selbst wenn die Einzelnen zu verschiedenen Leistungen verurtheilt sind[47]). Andere factische Vortheile, welche durch die Vereinigung erreicht werden können, sind bald die Möglichkeit einer schnelleren Auseinandersetzung, bald die Vermeidung widersprechender Urtheile, bald die Abschneidung mehrfacher Verhandlungen derselben Ansprüche, welcher Vortheil namentlich dann eintritt, wenn Mehrere aus demselben Rechtsgrunde klagen oder verklagt werden. Als ein Mittel, wodurch alsdann die Proceßführung im Interesse Aller sehr erleichtert und vereinfacht werden kann, wird die Bestellung eines gemeinschaftlichen Stellvertreters für die mehreren auf einer Seite am Rechtsstreite Betheiligten empfohlen[48]). Auch dann, wenn keine ausdrückliche Vollmacht an Einen ausgestellt ist, wird durch die Vereinigung der Vortheil erreicht, daß die Gegenwärtigen auch ohne Mandat den Streit im ganzen auch für die Abwesenden zu Ende führen können, dafern sie Caution für die abwesenden von ihnen zu vertretenden Genossen leisten, und zwar, wenn sie Beklagte sind, über das iudicatum solvi, wenn sie Kläger sind, de rato[49]). Noch weiter gingen kaiserliche Rescripte bei Appellationen. Hat nämlich nur Einer der auf einer Seite stehenden Mehreren appellirt, die Anderen nicht, und der Appellant siegt, so soll sein Sieg auch den Uebrigen zum Vortheil gereichen, gleichsam als wenn er auch als Stellvertreter aller Uebrigen appellirt und die Appellation durchgeführt hätte; wobei aber vorausgesetzt wird, daß die Lage der Mehreren ganz gleich ist, zwischen theilbaren und untheilbaren Rechtsverhältnissen aber nicht unterschieden wird[50]).

B. Fortbildung der Rechtsansichten im Mittelalter bis auf die neueste Zeit[51]). 1) Voraussetzungen der Vereinigung. Im Mittelalter wird das Ermessen des Beamten darauf beschränkt, daß er solche Verbindungen nicht zugeben dürfe, welche Verzögerung statt Beschleunigung besorgen lassen. Den Anträgen der Parteien wird nun ein nicht blos bittender, sondern zwingender Einfluß auf die richterliche Entschließung eingeräumt, weshalb die Wissenschaft bemüht ist, die Willkür der Parteien an bestimmte Grenzen des Begriffes zu fesseln. Allmälig wurden die Erfordernisse des sog. litis consortium, eines für diesen Zweck erst geschaffenen Wortes,

---

46) L. 10. pr. D. (49. 1.)

47) L. 10. §. 2. D. (49. 1.) und über deren Erklärung Planck a. a. O. S. 151 flg.

48) L. 31. §. 5. 9. D. (21. 1.)

49) L. 2. C. Th. de cognitoribus. L. 2. C. (III. 40.)

50) L. 10. §. 4. D. (49. 1.)

51) Planck a. a. O. §. 49—52, S. 385—429.

untersucht, und man suchte, statt daß nach römischem Rechte das richterliche Ermessen nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit entschied, feste Regeln der Nothwendigkeit aufzustellen. Die Praxis ließ sich aber dadurch doch nicht fesseln und unbemerkt ließen sich die Theoretiker zu Ausnahmen verleiten, welche ihr System wieder umwarfen. — Die Vereinigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten, worin mehr als zwei Personen selbstständig auftreten, von den Neueren auch subjective Klagenhäufung genannt, hat im ganzen dieselben Voraussetzungen behalten, wie im römischen Rechte. 1) Gerichtsbarkeit und Competenz des Gerichtes ist für jeden zu vereinigenden Rechtsstreit besonders nachzuweisen. In dem Falle, wo dieselbe Person in verschiedenen Rechtsstreitigkeiten gegen mehrere Beklagte auftreten müßte, oder wo verschiedene Kläger gegen verschiedene Beklagte auftreten müßten, war die Nachweisung, daß die Gerichtserfordernisse für alle zu vereinigenden Processe gerade in diesem Gerichte zusammentreffen, besonders schwierig. Die Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit einer solchen Vereinigung führte wenigstens in einem Falle zu einer Aushilfe, um die Vereinigung ungeachtet der verschiedenen Gerichtsstände der Beklagten zu ermöglichen, nämlich zu dem jetzt sog. forum ex identitate fundamenti agendi personali. Es ist aus der mittelalterlichen Idee der causae continentia hervorgegangen, und für den Fall der verschiedenen Austräge in die Reichsgesetze aufgenommen worden[52]). Die Abweichung von den gewöhnlichen Regeln über Gerichtscompetenz liegt bei diesem Gerichtsstande nicht darin, daß für einen ganz unzuständigen Richter zum Zwecke der Vereinigung Competenz begründet wurde, sondern darin, daß ein Gericht höherer Instanz, welches in höherer Instanz den Streit gegen alle einzelnen Beklagten, obwohl getrennt, zu behandeln gehabt haben würde, sofort in erster Instanz competent wird und das Verfahren gemeinschaftlich einleiten kann. Man kann diesen Gerichtsstand als ein forum domicilii extraordinarium bezeichnen. Seine Erfordernisse sind: a) es muß ein Gerichtsstand sein, dem alle Beklagten als Personen unterworfen sind; es müssen in dem Sprengel desselben Obergerichtes die fora domicilii sämmtlicher Beklagten zusammentreffen, wobei es gleichgiltig ist, ob dieselben blos Untergerichte sind, oder ob das Obergericht selbst als privilegirter Gerichtsstand für einzelne Beklagte sofort competent ist. b) Die Klagen gegen alle einzelnen Beklagten müssen in einer sog. continentia causae stehen, welche man in dem gemeinsamen Entstehungsgrunde der Klagen findet, vermöge dessen dieselben gewissermaßen als Eine Klage erscheinen. Die Regel, daß theilbare Obligationen auf mehrere Erben zu ihrem Erbtheile übergehen, sowie die wirklich vorgenommene Theilung des Klagobjectes machen hierbei keinen Unterschied. 2) In jeder einzelnen Person müssen die Erfordernisse der streitenden Theile zusammentreffen, namentlich Fähigkeit vor Gericht aufzutre-

52) Planck a. a. O. S. 328 flg.

ten[53]). 3) Die Proceßart muß gleich sein. 4) Es wird gleichzeitiger Anfang vorausgesetzt, was die Ordnung des schriftlichen Verfahrens mit sich bringt; doch kann mit Zustimmung der Uebrigen auch noch später Jemand als Kläger oder Beklagter hinzutreten und seine Streitigkeit mit den Uebrigen verbinden, wenn er den Proceß in der Lage, in welcher er sich gerade befindet, aufnehmen will und kann. 5) Eine weitere sehr bestrittene Voraussetzung ist die innere Verwandtschaft der zu vereinigenden Klagen, wobei wieder der Begriff von Verwandtschaft und Connexität zweifelhaft ist. Im römischen Rechte entschied über die Vereinigung das Ermessen des Beamten; ein Verbot der Vereinigung der auch nicht auf einem gemeinschaftlichen Entstehungsgrunde beruhenden Rechtsstreitigkeiten findet sich dort nicht. Im italienischen Processe des Mittelalters hat der Richter eine andere Stellung; er greift nicht positiv ein, sondern hat meistens nur die Anträge der Parteien zu beurtheilen. Da aber das Ermessen der Parteien nicht entscheidend sein konnte, so stellte man Regeln auf, nach welchen der Richter entscheiden könnte, ob eine Partei berechtigt sei, die Vereinigung zu fordern. Die neueren italienischen Juristen stellten im Gegensatze der älteren, welche in den Gesetzen ein Verbot der Vereinigung nicht fanden und über die Möglichkeit der Vereinigung noch unentschieden sind[54]), als allgemeine Regel folgenden Satz auf: accumulatio personarum regulariter est prohibita[55]). Man forderte von jeder Partei, welche sie verlangte, besondere Begründung, und diese Begründung fand man in den Gesetzen nur im Falle einer Connexität; daher fügte man jenem Satze Ausnahme zu: nisi sint connexae, und verstand darunter meistens den Fall des gemeinsamen Entstehungsgrundes des Rechtes oder der Verbindlichkeit für die Mehreren. In Teutschland hat diese Ansicht von dem Verbote der subjectiven Klagenhäufung ebenfalls Wurzel gefaßt und findet sich fast in allen Lehrbüchern des Processes. Indessen ist sie bis in die neueste Zeit von Manchen bezweifelt worden, welche theils zeigten, daß das römische Recht kein solches Verbot enthalte, theils die Zulassung oder Nichtzulassung der subjectiven Klagencumulation lediglich von der Untersuchung des einzelnen Falles abhängig machten, ob die subjective Klagenhäufung eine Abkürzung wirklich herbeiführen werde oder nicht[56]). Letztere Ansicht ist die richtige. Hiernach kommt man im wesentlichen auf die römische Stellung der Frage zurück. Daher entscheidet noch jetzt das Ermessen des Richters über Zulässigkeit der Cumulation, wobei er allerdings den Beklagten mit

53) Martin in s. u. Walch's Magazin I, S. 52.

54) S. die Citate bei Planck a. a. O. S. 391, N. 11.

55) S. die Citate bei Planck a. a. O. S. 392, N. 12.

56) So Glück, Erl. d. Pand. Bd. IV, S. 16 flg. Heffter, Civilproc. §. 109, 110. Müller, in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 315 a. E. Linde ebd. Auch in dem Artikel des Rechtslexikons Klage Bd. VI, S. 162 ist diese Ansicht angenommen.

seinen Anträgen und Gegenvorstellungen hören kann, aber ohne daran gebunden zu sein. Nur insofern ist die Stellung des jetzigen Richters von der des römischen Beamten abweichend, als letzterer die Vereinigung vornahm, wo es ihm gut dünkte, auch von freien Stücken, während der erstere die Anträge der Parteien wenigstens abwarten muß, obwohl ihm die Entscheidung darüber bleibt. Hiermit fällt auch die Theorie vom sog. litis consortium.

2) Nothwendigkeit der Vereinigung. Was die Fälle anlangt, in denen der Beamte im römischen Rechte ausnahmsweise zur Vereinigung angewiesen war, so entsteht die Frage, ob noch jetzt dem richterlichen Ermessen diese oder ähnliche Grenzen gesetzt sind. Ein vom Richter ausgehender Zwang zur Vereinigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten, worin verschiedene Personen als Kläger oder Beklagte auftreten, in der Art, daß Personen zur Theilnahme genöthigt würden, welche sonst nicht processirt haben würden, steht mit den Grundlagen des gemeinen Processes in Widerspruch, daher man auch die Adcitation allgemein für unstatthaft erklärt [57]). Ein von den Parteien ausgehender Zwang ist häufig angenommen worden, d. h. man hat die Parteien für berechtigt gehalten, dem richterlichen Ermessen gegenüber die Vereinigung zu fordern. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) Treten mehrere Kläger auf, oder Ein Kläger gegen mehrere Beklagte, so muß der Beklagte oder die Beklagten die Vereinigung sich gefallen lassen, vorausgesetzt, daß die vorher sub 1 gedachten Voraussetzungen derselben vorhanden sind und daß sie nicht nachweisen können, daß die Verbindung eher Verwirrung als Beschleunigung befürchten lasse. Der Zwang liegt eigentlich in der vom Kläger beantragten, vom Richter gebilligten Proceßdirection, welche der Verfügung des Beklagten entzogen ist. b) Ist nur ein Kläger gegen Einen Beklagten aufgetreten, so hat man zwei Wege für den Beklagten behauptet, eine Vereinigung zu bewirken. aa) Sind außer diesem Processe gleichzeitig noch andere anhängig gemacht, entweder gegen denselben Beklagten von verschiedenen Klägern, oder gegen andere Beklagte von demselben Kläger, oder unter ganz verschiedenen Personen, und der Beklagte in dem zuerst gedachten Rechtsstreite hält durch Vereinigung der mehreren Processe eine Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtspflege für möglich, so gestatten Innocenz IV. [58]) und spätere Kanonisten dem Beklagten eine exceptio remissionis ad eundem iudicem, vermöge welcher er verlangt, daß der jetzige Kläger angewiesen werde, seine Klage vor einem Gerichte anzubringen, wo bereits andere von ihm oder Anderen anhängig gemacht sind, deren Verbindung mit der seinigen zweckmäßig ist. Diese Exception ist die wahre Anwendung der römischen Gesetzstellen, welche von idem

---

57) Der Artikel des Rechtslexikons Adcitation Bd. I, S. 100 flg. hat diese Unzulässigkeit weiter ausgeführt.

58) Iun. ad. cap. 9. de constit.

iudex reden, auf den heutigen Proceß. Die erwähnte Einrede wird nicht in den Lehrbüchern angeführt; ihrem Wesen nach wird sie im Gerichtsgebrauche berücksichtigt[59]). bb) Der zweite in der Theorie vielfach unter dem Namen der exceptio plurium litis consortium besprochene Fall ist davon wesentlich verschieden. Die Frage ist hier die, ob, wenn die übrigen Kläger noch gar nicht aufgetreten sind, wenn der Kläger die übrigen Beklagten noch gar nicht belangt hat, der jetzt Beklagte verlangen könne, daß der Proceß bis dahin sistirt werde, daß auch die übrigen Kläger zum Zwecke der Vereinigung auftreten, oder daß auch die übrigen Beklagten von demselben Kläger belangt und deren Streit zu einem gemeinsamen gemacht werde. Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen darin, daß es sich nicht blos darum handelt, ob eine Vereinigung möglich oder nothwendig sei, sondern zugleich noch und vorzüglich darum, ob Jemand warten müsse, bis Andere klagen, oder bis er Andere verklage, damit alsdann die Vereinigung geschehen könne. Man hat die Entscheidung[60]) häufig, aber mit Unrecht, auf die römischen Stellen gegründet, welche von idem iudex reden. Die vorher besprochene L. 1. C. (III. 40.) ist nach dem oben Bemerkten ebenfalls nicht entscheidend. Im wesentlichen muß die Sache vielmehr aus dem Civilrechte entschieden werden, als aus dem Processe. Es sind hier immer zwei Fragen verwechselt und als identisch behandelt worden: ist eine gemeinschaftliche Proceßführung nothwendig und ist dieser Kläger allein zur actio nicht berechtigt, dieser Beklagte allein nicht verpflichtet? Es läßt sich die erste sehr wohl verneinen und doch die zweite bejahen. Die durch die Bejahung der zweiten häufig veranlaßte gemeinschaftliche Proceßführung ist nur zufällig. Die erste Frage ist vom processualischen Standpunkte aus zu beantworten. Es giebt aber keine Fälle, wo Jemand nur dann einen Proceß führen kann, wenn dieser mit anderen vereinigt wird, weil jede Vereinigung die Existenz jedes einzelnen Processes für sich voraussetzt und dann nur wegen der Bequemlichkeit geschieht. Dagegen ist behauptet worden, daß erst durch die Vereinigung in einigen Fällen den einzelnen Klägern und Beklagten die legitimatio ad causam activa und passiva hinzutrete, indem dieselben einzeln nicht die rechten Kläger und Beklagten seien, weil sie in jenen Fällen einzeln nicht über das in iudicium deducirte Recht verfügen können, einzeln von ihnen die Leistung nicht verlangt werden kann. Die

59) Hierher gehören die Fälle, wo auf den Antrag des Beklagten die Vereinigung mehrerer Klagen desselben Klägers gegen viele Beklagte, z. B. als Zehntpflichtige, verfügt wird; ferner das Recht der Weigerung des Gemeinschuldners, vor anderen Gerichten, als vor dem Concursgerichte nach Eröffnung des Concurses, Recht zu nehmen; die Weigerung der Concursgläubiger, die Priorität eines Gläubigers, der nicht bei dem Concursgerichte liquidirt hat, anzuerkennen. Planck a. a. O. S. 396 flg.

60) Gönner und Martin haben sich darüber gestritten. Zuletzt hat darüber gehandelt Linde, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XV, S. 408 flg. Bd. XVI, S. 91 flg.

Richtigkeit dieser Ansicht vorausgesetzt, erschien dadurch die Vereinigung als processualisch nothwendig, weil sie ein processualisches Erforderniß, nämlich die Sachlegitimation, herstellte. Nach der Ansicht aber[61]), welche die Sachlegitimation als kein processualisches Erforderniß, sondern als ein den Klaggrund, das streitige Recht selbst angehendes Erforderniß betrachtet und sie auf gleiche Stufe mit jedem anderen Beweise eines Theiles des Klaggrundes stellt, ist, wenn sie fehlt, der Kläger zwar abzuweisen, wie Jeder, welcher die Thatsachen, auf denen das von ihm verfolgte Recht beruht, nicht beweisen kann; allein auf die Giltigkeit des Verfahrens ist dies ohne weiteren Einfluß, und danach ist die gemeinschaftliche Proceßführung nicht etwas processualisch Nothwendiges. Selbst wenn man dieser Ansicht über die rechtliche Natur der Sachlegitimation nicht beitritt, erscheint die gemeinschaftliche Proceßführung nicht processualisch nothwendig. Denn es läßt sich in jenen Fällen recht wohl denken, daß der Beklagte die übrigen Berechtigten, etwa an dem untheilbaren Rechte, freiwillig anerkennt, und nur dem Einen jetzt als Kläger Auftretenden die Theilnahme daran bestreitet, z. B. die Eigenschaft als Erbe; oder daß von zwei zu einer untheilbaren gemeinschaftlich zu beschaffenden Leistung Verpflichteten der Eine zu der mit dem Anderen zusammen zu bewirkenden Leistung bereit ist, der Andere aber sich weigert. Solchenfalls bedarf es der gerichtlichen Hilfe blos zwischen diesem Kläger und diesem Beklagten; es können solchenfalls nicht einmal zwei Processe existiren, und noch weniger die Nothwendigkeit einer Vereinigung. Mit der obigen Seite der Frage ist eine andere verwechselt worden. In manchen Fällen nämlich ist nicht Einer allein zur actio, zu klagen (nicht: Proceß zu führen) berechtigt; in anderen Fällen ist nicht Einer allein zur Erfüllung einer Verbindlichkeit (nicht: sich belangen zu lassen) verpflichtet. Dahin gehören vorzüglich die auf eine untheilbare Leistung gerichteten Obligationen, deren innere Beschaffenheit dies mit sich bringt. Allgemeiner ausgedrückt lautet jener Satz so: es giebt Rechte, worüber die mehreren Berechtigten nur gemeinschaftlich verfügen können, also z. B. auch über die Anstellung dieser oder jener Klage (nicht: Einreichung einer Klagschrift) nur gemeinschaftlich Beschluß fassen können; ebenso existiren Verbindlichkeiten, deren Erfüllung man nur von Mehreren zusammen fordern, also auch einklagen kann, worunter wieder nicht die Einreichung einer gemeinschaftlichen Klagschrift zu verstehen ist. Die Fragen, ob und in welchen Fällen diese untheilbaren Obligationen eintreten, gehören ganz dem Civilrechte an. Durch jene Untheilbarkeit wird nicht die Nothwendigkeit einer gemeinschaftlichen Proceßführung, sondern nur eine Uebereinstimmung in der Dispositionsart bewirkt. Die Verwechselung beider war leicht möglich. Denn wenn dem Einzelnen sein materielles Klagrecht bestritten wird,

---

61) Vgl. **Bethmann-Hollweg**, Versuche S. 96 flg. S. auch den Artikel **Legitimation** Bd. VI, S. 378—386.

so zieht er, dadurch veranlaßt, gewöhnlich seine Mitberechtigten zur Gemeinschaft hinzu, und es kommt demnach auch eine formelle Vereinigung vor, so daß die Einrede des Beklagten darauf gerichtet erscheint, daß er den Hinzutritt der Uebrigen verlangt, während er doch nur die einzeln stehende Verfügung dieses Klägers bestreiten kann. Hiernach ist das Resultat, daß es Fälle giebt, in welchen der Beklagte aus Gründen, welche in dem verfolgten Rechte liegen, die Erfüllung der Ansprüche des Klägers verweigern darf, weil Kläger noch andere Mitberechtigte hat, oder Mitverpflichtete des Beklagten vorhanden sind, und daß die in dieser Beziehung dem Kläger zur Last fallende Zuvielforderung dessen Abweisung bewirkt. Aber ein Recht des Beklagten auf gemeinschaftliche Proceßführung der mehreren Berechtigten als Mitkläger gegen ihn, oder darauf, daß die mehreren Verpflichteten als Mitbeklagte in einem gemeinschaftlichen Verfahren belangt werden, ist nicht vorhanden.

3) Wirkungen der Vereinigung. Während die italienischen Juristen und die teutschen Practiker nur einzelne Umstände als Folge einer gemeinschaftlichen Proceßführung von Seiten Mehrerer in derselben Parteirolle angeben, hat man in neuerer Zeit allgemeine Theorieen aufgestellt und diese einzelnen Erscheinungen aus einem Grundprincipe zu erklären versucht. Hinsichtlich jener Erscheinungen einer gemeinschaftlichen Proceßführung ist von der römischen auch im Gerichtsgebrauche unbewußt befolgten Ansicht auszugehen, daß wenn mehr als zwei Personen in einem Rechtsstreite als selbstständige Parteien auftreten, eine Vereinigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten vorliegt, welche aber die juristische Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites nicht ändert, sondern nur die Erreichung einzelner factischer Vortheile der Abkürzung und Vereinfachung dessen, was eigentlich mehrfach hätte vorgenommen werden müssen, möglich macht, Vortheile, welche im heutigen schriftlichen Verfahren von großer Bedeutung sind. Diese Vortheile sind: a) es bedarf in der Regel nur einer einmaligen Vornahme jedes Schrittes der Parteien. Nur wird im schriftlichen Verfahren die Zahl der Schriften durch die Vereinigung an sich nicht gemindert, wenn nicht als besonderer Umstand die Bestellung eines gemeinsamen Bevollmächtigten hinzutritt. Bisweilen können auch besondere Schriften gegen einzelne Beklagte nöthig werden, wenn deren Streit eine besondere Wendung nimmt. Immer können aber auch im schriftlichen Verfahren die mündlich vor Gericht vorzunehmenden Parteihandlungen einfach vorgenommen werden. b) Ebenso geschehen die Schritte des Gerichtes in der Regel nur einfach. c) Stützen sich die Mehreren, welche dasselbe Interesse verfolgen, auf dieselben Angriffs- oder Vertheidigungsgründe, so kann durch Bestellung eines gemeinsamen Bevollmächtigten das ganze Verfahren noch mehr vereinfacht werden; es wird dann meistens ein einfacher Vortrag von Seiten der mehreren Kläger oder Beklagten, im schriftlichen Verfahren eine einzige im Namen Aller abgefaßte Schrift genügen: auch die Vorträge der Gegenpartei

brauchen nur einfach zu sein, die gerichtlichen Decrete nur einfach ausgefertigt zu werden. Im römischen Rechte hing die Auferlegung der Bestellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten vom richterlichen Ermessen ab. Im teutschen Gerichtsverfahren ist die Bestellung für das schriftliche Verfahren regelmäßig nothwendig geworden, indem der Richter, wo davon eine Vereinfachung zu erwarten ist, sogleich im ersten Decret die Streitgenossen bei Strafe zur Bestellung eines gemeinsamen Bevollmächtigten anhalten soll[62]). Vielleicht sind durch diese Gestalt, in welcher im Processe die mehreren Interessenten gewöhnlich erschienen, die Ansichten von dem litis consortium als einer universitas oder einem aus mehreren Köpfen bestehenden Parteiganzen veranlaßt. Der Richter darf aber auch hier nach seinem Ermessen bestimmen, ob die weitere Verbindung der mehreren Betheiligten zu Einem Bevollmächtigten zweckmäßig sei oder nicht. — Ueber die Frage, inwieweit ohne ausdrückliche Vollmacht einer der auf gleiche Weise am Rechtsstreite Interessirten für den anderen handeln dürfe, hat sich die Ansicht gebildet[63]), man dürfe den einmal angefangenen gemeinsamen Streit mit dem gemeinschaftlichen Gegner auch für abwesende Interessenten fortführen, wenn die Abwesenden Caution leisteten. Vorausgesetzt wird aa) gemeinschaftlicher Anfang; erst nach der Litiscontestation kann eine solche Vertretung ohne Auftrag stattfinden; bb) ein gemeinschaftlicher Streit, jedoch nicht nothwendig über eine untheilbare Sache; der Streit muß gemeinschaftlich, nicht blos verbunden sein, also müssen die Mehreren, unter denen eine solche Vertretung stattfinden soll, denselben Endzweck verfolgen; cc) es ist Caution zu leisten, nämlich nach den neueren Grundsätzen über Repräsentation im Processe, Caution wegen der Genehmigung. Nach denselben Grundsätzen sind die Grenzen einer solchen Vertretung zu bestimmen. Man hat hier einen vermutheten Auftrag angenommen. Da ein solcher aber jetzt bedeutet, daß der wirkliche Auftrag nebst der Genehmigung des bisher Geschehenen nachgeholt werden muß, also nur eine vorläufige Stellvertretung möglich macht, so hängt auch im vorliegenden Falle die Giltigkeit des Verfahrens hinsichtlich des abwesenden Interessenten davon ab, daß er demnächst seine Genehmigung ertheilt. d) An Proceßkosten wird bedeutend erspart. Die bisher beschriebenen Vortheile der Vereinigung können indeß in Folge eintretender Umstände durch die Nachtheile einer Proceßverschleifung aufgewogen werden. Der Gang des Rechtsstreites mit der einen Person kann in Folge besonderer Handlungen oder Unterlassungen derselben, z. B. Ungehorsam, Vergleich, besondere Rechtsmittel, besondere Einreden, ein ganz anderer sein, als der Gang des

---

62) Vgl. die von Planck a. a. O. S. 406, N. 8 angeführten Schriftsteller.

63) Cap. 3. Clem. (I. 10. Vgl. Gl. l. ad cap. 9. de constitut. und die weiteren Citate bei Planck a. a. O. S. 407, N. 12.

Rechtsstreites mit der anderen Person. Es kann dies dazu führen, daß nach richterlichem Ermessen auch eine Trennung der bereits vereinigten Processe wieder stattfinden kann, wobei den Anträgen der Parteien ganz besondere Berücksichtigung zu Theil werden muß. — Die Vereinigung der mehreren Processe hat auf die juristische Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites keinen Einfluß; es ist vielmehr jeder einzelne Kläger gegenüber jedem einzelnen Beklagten, als in einem besonderen Rechtsstreite mit diesem liegend, aufzufassen; die Vereinigung solcher mehreren Processe zu Einem Rechtsstreite ist blos als eine äußerliche zufällig entstandene anzusehen. Die fast allgemein anerkannten Folgerungen aus diesem Grundsatze bestätigen dessen Richtigkeit. Die einzelnen Folgerungen sind folgende: a) für jede einzelne Klage bedarf es des besonderen Nachweises der Voraussetzungen, unter welchen derselbe vor diesem Gerichte, diesem Beklagten gegenüber und in dieser Proceßart zulässig erscheint. b) Jedem einzelnen Kläger und jedem einzelnen Beklagten steht frei, den Rechtsstreit ohne Zustimmung der Uebrigen aufzugeben, sei es durch Vergleich, Verzicht oder Liegenlassen des Processes, indem er dadurch nur den ihn selbst betreffenden Rechtsstreit beendigt. Die Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners gegen den der mehreren Kläger oder Beklagten, welcher den Rechtsstreit nicht fortsetzt, bewirkt die Fortführung des Processes gegen ihn als Contumacialverfahren; hinsichtlich der Uebrigen gehen die einzelnen Klagen ihren gewöhnlichen Gang fort. Auch kann der Ungehorsam eines der Beklagten oder Kläger Ausschließung mit einzelnen Befugnissen, z. B. Einreden, Repliken, Beweis, Gegenbeweis u. s. w. zur Folge haben und dadurch der Proceß gegen ihn einen ganz anderen Ausgang haben, als gegen seine Genossen. Dies ist nur dadurch möglich, weil jeder Kläger und jeder Beklagter ungeachtet der Vereinigung so zu beurtheilen ist, als führte er den Proceß ganz allein mit seinem einzelnen Gegner. c) Jedem einzelnen Kläger steht zu, den Beklagten mit gehäuften Klagen zu belangen, welche nur zwischen ihm und diesem Beklagten stattfinden, wenn die Voraussetzungen dieser Verbindungsart vorhanden sind, namentlich eine Verwirrung der Processe nicht zu besorgen ist[64]). d) In gleicher Weise darf der Beklagte und jeder Beklagte eine Wiederklage anstellen, welche vielleicht nicht alle übrigen Personen betrifft; nur wegen der aus dieser Verbindung zu befürchtenden Verwirrung könnte dieselbe als unstatthaft zurückgewiesen werden. Diejenigen, welche alsdann dennoch eine Prorogation des Gerichtsstandes annehmen, müssen dem Beklagten wenigstens das Anbringen der Wiederklage in besonderen Acten, aber in

---

64) Linde, in der Zeitschr. Bd. XVI, S. 114. Im römischen Rechte ist ein Beispiel in L. 25. §. 4. D. (10. 2.) Wenn Martin, im Magazin S. 203 eine solche Cumulation für unzulässig hält, so ist davon nur so viel zuzugeben, daß sie in der Regel unzweckmäßig und deshalb vom Richter nicht zuzulassen ist. Planck a. a. O. S. 411, N. 18.

demselben Gerichtsstande gestatten[65]). e) Jeder einzelne Beklagte muß die Litiscontestation auf die Klage besonders bewirken[66]), wenn er nicht die Nachtheile des Ungehorsams erleiden will. Die Einlassung kann für Alle durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten geschehen. Auch widersprechende Einlassungen von Seiten der einzelnen Beklagten können vorkommen, so daß der Eine das leugnet, was der Andere zugesteht; auch können diese abweichenden Einlassungen durch denselben gemeinschaftlichen Bevollmächtigten vorgetragen werden. f) Jedem einzelnen Beklagten steht das Vorbringen seiner besonderen Einreden zu[67]), und gegen jeden Kläger kann eine besondere Einrede gelten, wobei es gleichgiltig ist, ob die Einreden die Proceßverfolgung oder die Sache selbst betreffen. Auch ist die Präclusion einzelner Beklagter als ungehorsam mit ihren Einreden möglich. g) Nicht minder darf jeder Kläger sich seiner besonderen Repliken, jeder Beklagte seiner besonderen Dupliken bedienen u. s. f.[68]). h) Der Richter hat jeden der verbundenen mehreren Processe abgesondert zu beurtheilen, wenn er auch formell das erste Urtheil über alle in Einem Aufsatze vereinigt. i) Die Beweismittel, deren sich jeder der mehreren Genossen bedienen kann, und welche gegen jeden gebraucht werden, können verschieden sein[69]). Dies gilt selbst von solchen Beweismitteln, welche eine und dieselbe Person nicht cumuliren darf, z. B. vom Eidesantrage. Denn der in der einen der verbundenen Klagen wirklich geführte Beweis ist an sich auf das Gelingen oder Mißlingen des Beweises in der anderen ohne Einfluß. k) Jedem Genossen stehen seine besonderen Beweiseinreden zu, so rücksichtlich der Formalien des Beweises; es ist sogar möglich, daß ein Beweismittel dem Einen gegenüber zulässig, dem Anderen gegenüber unzulässig ist, z. B. ein Zeuge ist mit dem einen Beklagten verwandt, mit dem anderen nicht[70]). Hiernach ist auch die Frage über Benutzung des Geständnisses des einen Streitgenossen gegen den anderen zu beantworten. Der Gestehende kann nämlich als Zeuge gegen den anderen benutzt werden; jedoch ist hierbei sowohl seine Glaubwürdigkeit überhaupt und für diesen einzelnen Fall, als auch die Beschaffenheit und Form seiner Aussage in Erwägung zu ziehen; kurz, das Verhältniß ist so anzusehen, als wenn in getrennten Processen die Streitenden dem Gegner gegenüber ständen[71]). l) Von Seiten jedes Genossen ist besondere Erklärung über den angetragenen Eid, besondere Anerkennung

65) Martin a. a. O. S. 204 flg. Linde a. a. O. S. 114. Planck a. a. O. S. 411.

66) Martin a. a. O. S. 230. Planck a. a. O. S. 411.

67) Durant. IV. 1. de libelli conceptione §. 15. not. 13. Quilibet tamen potest uti suis defensionibus. — Martin a. a. O. S. 232. Planck a. a. O. S. 411.

68) Martin a. a. O. S. 232 flg. Planck a. a. O. S. 412.

69) Martin a. a. O. S. 233 flg. Planck a. a. O. S. 412.

70) Martin a. a. O. S. 239 flg. Planck a. a. O. S. 412.

71) Martin a. a. O. S. 240 flg. Planck a. a. O. S. 412, N. 25.

der vorgelegten Urkunde, besondere Leistung des angenommenen Eides oder des Diffessionseides nothwendig. m) Nach beendigtem Beweisverfahren muß der Richter abermals jeden Proceß einer besonderen Prüfung unterwerfen. Es wird zwar formell Ein Urtheil abgefaßt; das Resultat der Beurtheilung kann aber in Bezug auf einzelne der Genossen im Urtheile sehr verschieden sein[72]). n) Jeder Genosse hat sich besonders zur Einwendung eines Rechtsmittels zu entschließen, in dessen Verfolgung alle die Pflichten zu erfüllen, welche demjenigen, welcher ein Rechtsmittel einwendet, obliegen. Es ist daher möglich, daß das Urtheil gegen Einen der Genossen bereits rechtskräftig ist, während der Andere es noch anficht. o) Der Grundsatz, daß jeder der vereinigten Processe juristisch als ein besonderer beurtheilt werden müsse, führt dazu, daß jedem Genossen, welcher ein Rechtsmittel einwenden will, die Wahl desselben freisteht, daß mithin die verschiedenen Genossen auch verschiedene Rechtsmittel wählen können, z. B. der Eine ein devolutives, der Andere ein nicht devolutives Rechtsmittel. Allein diesem steht die einmal vorgenommene Vereinigung entgegen. Die einmal auf den Antrag der Parteien vom Richter zugelassene Vereinigung darf keine Partei durch willkürliche Trennung ihres Processes wieder aufheben. Es ist gleichgiltig, ob die Vereinigung auf den Antrag beider oder einer Partei zugelassen worden ist. Wollte man für die erste Instanz der Rechtsmittel den Einzelnen das für die früheren und folgenden Abschnitte des Processes abgesprochene und abzusprechende Recht der Trennung wieder zugestehen, so würden für die frühere und fernere Vereinigung unvermeidliche Verwirrungen und Verzögerungen zu befürchten sein. Es müssen daher von den verschiedenen Genossen auch wegen verschiedener Beschwerdepunkte solche Rechtsmittel gewählt werden, welche eine Vereinigung der Proceßführung zulassen, ohne daß die Rechtsmittel unter sich dieselben zu sein brauchen. Haben sie aber dennoch verschiedene nicht zu vereinigende Rechtsmittel gewählt, so sind sie zu einer Uebereinstimmung zu zwingen, zweckmäßig dadurch, daß der Fortgang des Verfahrens in der Instanz des Rechtsmittels von ihrer übereinstimmenden Wahl abhängig gemacht wird, welches Zwangsmittel dadurch seine Bedeutung erhält, daß das Rechtsmittel endlich desert wird, wenn keine Vereinigung zu Stande kommt[73]). p) Jeder einzelne appellirende Streitgenosse muß für sich selbst das Dasein der Appellationssumme nachweisen[74]), so daß das Zusammenrechnen der Beschwerdesummen mehrerer Genossen nicht gestattet ist. Eine billige Ausnahme findet dann statt, wenn die Beschwerden sämmtlicher Genossen auf

---

72) Martin a. a. O. S. 251 flg. Planck a. a. O. S. 413.

73) Planck a. a. O. S. 413—415.

74) Von Scholz, im Archiv für civil. Pr. Bd. XXI, S. 356 wird auch hier die äußere formelle Einheit des Rechtsstreites mit der juristischen Beurtheilung des inneren Gehaltes der verbundenen Klagen verwechselt. Planck a. a. O. S. 415, N. 30.

demselben Entscheidungsgrunde beruhen, indem in diesem Falle der Schade der angefochtenen Ansicht des Richters in demselben Urtheile eigentlich so viel beträgt, als der Antheil der Genossen zusammen ausmacht. — Die Neueren haben auf den Unterschied zwischen theilbaren und untheilbaren Streitigkeiten hier großes Gewicht gelegt. Sie lassen die eben aufgezählten Consequenzen zum großen Theile zwar dann gelten, wo theilbare oder getheilte Rechte und Verbindlichkeiten der Genossen in Frage sind, verlangen aber eine verschiedene Behandlung des Falles, wo das gemeinsame Rechtsverhältniß einen untheilbaren Gegenstand betrifft. In diesem Falle lassen sie nur zu, daß die Genossen solche Handlungen, z. B. Beweismittel, häufen, welche unter sich verträglich sind, nicht blos electiv mit einander concurriren[75]). Ja, es wird sogar behauptet, daß der von einem der Genossen geleistete Schiedseid für die Uebrigen in der Weise gelte, daß diese jeder Eidesleistung überhoben werden[76]). Diese Ansicht scheint von dem Grundgedanken auszugehen, daß bei einem untheilbaren Rechtsverhältnisse ein verschiedenes Urtheil in Ansehung jedes der mehreren Genossen unmöglich oder doch unzulässig sei[77]). Dies ist aber unrichtig. Nach der obigen Ausführung ist auch über untheilbare Rechtsverhältnisse eine abgesonderte Proceßführung möglich; es ist in den Gesetzen nicht bestimmt, daß mehrere bei einem untheilbaren Rechtsverhältnisse als Berechtigte oder als verpflichtete Betheiligte nur gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden können. Schon hiernach sind verschiedene Urtheile möglich. In den Gesetzen ist auch hier die volle Freiheit jeder der processirenden Parteien in der Verfügung über ihre privatrechtlichen Verhältnisse anerkannt, indem sie keine Beeinträchtigung der einen durch die anderen gestatten. Die Vollziehung widersprechender Urtheile wird durch Leistung des Schadenersatzes, welcher immer Theilung zuläßt, vermittelt. Bei den Römern wird darauf in dem Falle hingewiesen, wo die Unmöglichkeit der getheilten Urtheile am klarsten ist, nämlich wenn Jemand halb für frei, halb für einen Sclaven durch gerichtliches Erkenntniß erklärt ist[78]). In Verbindung mit dem über die Vereinigung mehrerer Personen zu einem Rechtsstreite an die Spitze gestellten Grundsatze, daß durch die Vereinigung die juristische Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites nicht geändert werde, muß auch jetzt noch jene höchste Freiheit jedes einzelnen Genossen in seiner Proceßführung anerkannt werden, ebenso, als wenn er ganz allein Proceß führte. Stand ihm also bei getrennter Proceßführung der Gebrauch ganz verschiedener sogar denen seiner Genossen widersprechender Einreden und Beweismittel zu, so steht ihm

75) Martin a. a. O. S. 226 flg., 233—240. Linde, in der Zeitschr. Bd. XVI, S. 115 flg.

76) Martin a. a. O. S. 242. Dagegen erklären sich Bülow und Hagemann, pract. Erört. Bd. III, S. 121. Linde a. a. O. S. 117 flg.

77) Martin a. a. O. S. 236 giebt davon eine Andeutung.

78) L. 30. pr. D. (40. 12.)

dies auch nach der Vereinigung frei. War in jenem Falle dadurch die Möglichkeit verschiedener Urtheile begründet, so liegt sie in diesem Falle noch eben so vor. Konnte dort der Proceß des einen Genossen, z. B. durch Leistung des Schiedseides, gewonnen, der des anderen Genossen durch Verweigerung desselben Eides verloren werden, so ist dies hier ebensowohl möglich. Die Vollziehung der beiden verschiedenen Urtheile wird hier eben so vermittelt, wie vorher angegeben wurde. Der Einwand, den man aus der Unmöglichkeit der Vereinigung so verschiedener Urtheile entlehnt, gilt hier eben so wenig als dort. Der aus der Einheit des Rechtsstreites entlehnte Einwand ist unerheblich, weil eben zu beweisen wäre, daß diese Einheit im Falle eines untheilbaren Rechtsverhältnisses keine blos äußere formelle sei, sondern in die innere Beurtheilung jedes einzelnen Processes wirksam eingreife[79]. Von den Vertheidigern der bestrittenen Ansicht werden für dieselbe folgende Gründe geltend gemacht. Der erste[80]) ist: der Gebrauch solcher Proceßhandlungen, welche nur electiv concurriren, und doch auf die Entscheidung des Rechtsstreites einen wesentlichen Einfluß haben, enthalte eine, wenigstens indirecte Disposition über das streitige Object; diese stehe aber einzelnen Theilhabern unzertrennlicher Rechtsverhältnisse über diese Art von Streitgegenständen einseitig nicht zu, sondern nur eine von allen Theilhabern gemeinschaftlich darüber geschehene Verfügung sei rechtsbeständig; mithin könne auch der Gebrauch jener, für alle folgenreichen, mit einander aber nicht vereinbaren Proceßhandlungen, nur allein gemeinschaftlich von Allen unternommen werden. Allein diese Argumentation beruht auf folgender Verwechselung. Allerdings steht über das streitige Object, wenn dadurch das untheilbare Rechtsverhältniß bezeichnet werden soll, worin Mehrere als Berechtigte oder Verpflichtete stehen, dem Einzelnen aus ihrer Mitte keine einseitige Verfügung zu. Wohl aber darf jeder Einzelne über den Ausgang des Processes, soweit er ihn selbst betrifft, frei verfügen. Denn Gegenstand des ihm gegenüber geführten Processes ist nur die Frage, ob er Theil nehme an dem untheilbaren Rechtsverhältnisse oder einer daraus fließenden Berechtigung oder Verpflichtung. Die Anerkennung dieser seiner subjectiven Beziehung zu dem untheilbaren Rechtsverhältnisse hängt von seiner Willkür ab. Ebenso wie er freiwillig darauf verzichten kann, daß seine Theilnahme an dem untheilbaren Rechte richterlich anerkannt werde, ebenso kann er seine Behauptung zurücknehmen, daß er als Verpflichteter nicht zu der untheilbaren Leistung zugezogen werden könne. Es kann ihm diese Befugniß auch nach bereits begonnenem Processe um so weniger bestritten werden, als er ja gleich von vorn herein durch Einräumen der Behauptungen seines Gegners den Proceß vermeiden

---

79) Planck a. a. O. S. 416—419.

80) Martin a. a. O. S. 227 flg. Siehe dagegen Planck a. a. O. S. 419 flg.

konnte und es gegen die Mittheilhaber des untheilbaren Rechtsverhältnisses, welche sich nicht freiwillig fügten, doch zum Processe gekommen wäre. Ebenso wie er im Laufe des gegen ihn begonnenen Processes durch freiwilligen Verzicht ausscheiden kann, ebenso kann er diesen Verzicht durch schlechte Proceßführung und dadurch verursachten Verlust des Processes vornehmen, während die Uebrigen bei besserer Proceßführung gewinnen. Der widrige Ausgang eines der verbundenen Processe bewirkt nur, daß ein Berechtigter ausscheidet, oder daß der Kläger die Theilnahme dieses einzelnen Verpflichteten bei der Leistung nicht beanspruchen kann. Nur um die Theilnahme dieses Einzelnen an dem untheilbaren Rechtsverhältnisse handelt es sich in dem gegen ihn geführten Processe; darüber steht ihm freie Verfügung zu. Hiernach muß auch jedem Einzelnen gestattet sein, seinen Proceß zu führen, wie er will, auch in einem dem seiner Mitstreiter entgegengesetzten Sinne; er muß auch Handlungen vornehmen können, welche mit denen seiner Mitstreiter nur electiv concurriren würden, wofern sie derselbe Mensch vorgenommen hätte. Ein zweiter von den Vertheidigern der bestrittenen Ansicht für den Unterschied zwischen Streitgenossen bei einem untheilbaren und theilbaren Rechtsverhältnisse aufgestellter Grund liegt in dem versuchten Nachweise, daß bei einem untheilbaren Rechtsverhältnisse gewisse Handlungen eines einzelnen Genossen auch den Uebrigen wegen der Unzertrennlichkeit ihres gemeinsamen Zweckes und Rechtsverhältnisses zum Vortheile gereichen, was bei theilbaren Rechtsverhältnissen nicht in derselben Weise stattfinde[81]). Zunächst wird sich auf die objective Unzertrennlichkeit des Rechtsverhältnisses berufen, welche bewirke, daß das von dem Einen benutzte Hilfsmittel auch den Uebrigen zum Nutzen gereichen müsse. Dagegen ist das vorher Bemerkte zu wiederholen. In dem Hilfsmittel, z. B. in dem Eidschwur eines Einzelnen, liegt nicht eine Verfügung über das untheilbare Rechtsverhältniß selbst, sondern nur über die Theilnahme dieses einzelnen Streitgenossen an demselben. Durch seinen Schwur steht nicht mehr fest, als daß er an dem untheilbaren Rechte Theil nehme, oder daß er zu der untheilbaren Leistung nicht zuzuziehen sei. Die Concurrenz anderer Personen dabei muß er zugeben oder muß ihm zugegeben werden, weil er ja selbst behauptet, mit Mehreren in einem untheilbaren Rechtsverhältnisse zu stehen. Ob dies aber auch sein Gegner den übrigen gerade aufgetretenen Streitgenossen zugestehen müsse, oder von ihnen verlangen könne, darüber ist noch nichts entschieden, weil der Grundsatz gilt: res inter alios actae vel iudicatae aliis non praeiudicant. Wenn daher die Entscheidung diesen gegenüber abweichend von der seinigen ausfällt, so

---

81) Martin a. a. O. S. 347 flg. Als Beispiel wird bei untheilbaren Rechtsverhältnissen angeführt, daß die Leistung des Eides von Seiten des einen Genossen die Anderen des Schwörens überhebe. Ebd. S. 242. Gegen die ganze Argumentation s. Planck a. a. O. S. 421—424.

widersprechen sich freilich die Erkenntnisse, indem das seinige Concurrenz der Uebrigen voraussetzt, das spätere Erkenntniß solche leugnet. Diese Verschiedenheit kann aber nicht als Grund dafür gebraucht werden, daß durch den einen Proceß zugleich der andere mit entschieden werde. Dann berufen sich die Vertheidiger der bestrittenen Ansicht noch auf das römische Recht[82]), welches den Consorten eines Minderjährigen die dem letzteren zustehende Restitution nur dann versage, wenn das Rechtsverhältniß theilbar sei, nicht aber bei untheilbaren Rechtsverhältnissen. Die dafür angeführten Stellen enthalten diesen Unterschied nicht[83]). Auch kann

82) Martin a. a. O. S. 352 flg. S. dagegen Planck a. a. O. S. 422 —425.

83) Vielmehr ist in L. 2. C. (VII. 68.) L. un. C. Si in communi eademque causa (II. 25. (26.)) unbeschränkt der Satz aufgestellt, daß die Restitution nur dem Minderjährigen, nicht auch dessen Consorten in demselben Verhältnisse zustehe. Die Worte: pro portione sua in der zweiten Stelle, auf welche Martin Gewicht legt und daraus folgert, daß Diocletian, von dem dieses Rescript herrührt, allein von theilbaren Rechtsverhältnissen rede, können nichts erheben, da ja auch bei untheilbaren Rechtsverhältnissen der Minderjährige nur pro portione sua restituirt werden kann, welcher Antheil eben durch Berechnung des Schadenersatzes ermittelt wird. Es konnte sich daher das Rescript nur so ausdrücken, gleichviel, ob in dem zur Entscheidung vorliegenden Falle es sich um ein theilbares oder untheilbares Rechtsverhältniß handelte. Planck a. a. O. S. 422, N. 38. Daß in den Basiliken (Basil. lib. X. tit. VIII. cap. 1. edit. Heimb.) als der Fall, welchen das Rescript Diocletian's betrifft, der eines gemeinsamen Schuldners angeführt wird, thut nichts zur Sache, da die in den Basiliken und deren Scholien zur Erläuterung der Coderstellen enthaltenen Beispiele von Thaleläus fingirt sind. Und wenn auch der dem Rescripte zur Entscheidung vorliegende Fall nur ein theilbares Rechtsverhältniß betraf, so kann daraus hinsichtlich der untheilbaren Rechtsverhältnisse nichts Entgegengesetztes gefolgert werden, da die Entscheidung im Rescripte sich nur auf den vorliegenden Fall bezog. — Abzusehen ist natürlich hierbei von den Fällen, wo bei untheilbaren Rechtsverhältnissen zugleich jeder in solidum berechtigt ist; in solchen wird der Minderjährige ebenfalls allein, aber auf das Ganze restituirt. — Noch berufen sich die Vertheidiger der bestrittenen Ansicht (so Martin a. a. O. S. 353 flg.) auf L. 10. pr. D. (8. 6.) worin diese Ansicht ausdrücklich gebilligt werde. Die Worte dieser Stelle sind: Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteremur, tamen propter pupillum et ego viam retineo. Es wird darin davon gehandelt, daß die sog. erlöschende Servitutenverjährung gegen den Pupillen nicht laufe, wodurch zugleich dem Miteigenthümer die Servitut nach dem Grundsatze, daß solche Servituten theilweise nicht verloren gehen, erhalten wird. Es ist dies aber nur eine Folge davon, daß eigentlich das herrschende Grundstück als berechtigtes Subject angesehen wird, wobei der Umstand, ob es einen oder mehrere Eigenthümer hat, ganz gleichgiltig ist, indem letzteren Falles jeder der mehreren Miteigenthümer in Bezug auf die Servitut das herrschende Grundstück ganz repräsentirt, also auch für den Anderen mit, daher der von Einem allein darüber geführte Proceß dem Anderen zu Statten kommt. L. 4. §. 3. D. (8. 5.) Sowie die Ausübung der Servitut von Seiten des einzelnen Miteigenthümers den übrigen, ungeachtet sie die Servitut etwa zufällig nicht ausüben, zu Statten kommt, ebenso muß die Suspension der auf Nichtgebrauch beruhenden Verjährung wegen Unmündigkeit des einen Miteigenthümers den anderen zu Statten kommen, da, so lange dieser die Servitut noch auszuüben befugt ist, sie, weil das herrschende Grund=

von der Restitution nicht auf sonstige processualische Handlungen und Entscheidungen geschlossen werden. Denn die Restitution ist ein positives Eingreifen des Richters in bestehende Rechtsverhältnisse in hauptsächlicher Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles und der Billigkeit. Diesen Charakter hat die Restitution auch dadurch nicht verloren, daß sie heutzutage bei den Gerichten aus bestimmten Gründen gesucht, und bei dem Vorhandensein gewisser Voraussetzungen nach vorgängigem Gehör des Gegners durch richterliches Erkenntniß ertheilt wird. Sie bleibt immer ein ius singulare. Deshalb hat der Richter zugleich darauf Bedacht zu nehmen, daß er dem Minderjährigen nicht auf Kosten eines Anderen helfe und so eine Unbilligkeit durch eine andere ausgleiche. Dies bewirkt, daß auch der Gegner gewissermaßen an der durch die bewilligte Restitution erfolgenden willkürlichen Veränderung des nach strengem Rechte bestehenden Rechtsverhältnisses Theil nimmt[84]). Auf die Proceßführung mehrerer Streitgenossen läßt sich aber diese bei der Restitution zu nehmende Rücksicht nicht anwenden, weil erstlich das Urtheil nur nach strengem Rechte über den Streit der Parteien zu entscheiden hat und von Urtheilen der Grundsatz gilt, daß Handlungen und Urtheile zwischen anderen Personen uns weder zum Vortheile, noch zum Schaden gereichen, und weil zweitens jene Theilnahme an der Restitution dem Gegner, nicht aber dem Genossen des Minderjährigen zu Gute kommt. Hiernach ist kein Unterschied in der processualischen Behandlung mehrerer Streitgenossen zu machen, gleichviel ob sie behaupten, zusammen in einem theilbaren oder untheilbaren Rechtsverhältnisse zu stehen. Eine in dem römischen Rechte enthaltene Ausnahme von dem Grundsatze, daß durch die Vereinigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten, welche in dem Falle, wenn mehr als zwei Personen in einem Rechtsstreite als selbstständige Parteien auftreten, eintritt, die rechtliche Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites nicht geändert werde, ist in das kanonische Recht[85]) und durch dasselbe in den neueren Proceß übergegangen[86]). Die Appellation und der dadurch herbeigeführte Sieg

stück das eigentlich berechtigte Subject ist, durch diesen als Repräsentanten desselben den Uebrigen mit erhalten wird. Was von Prädialservituten gilt, kann bei der eigenthümlichen Natur derselben nicht auf andere untheilbare Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden, am wenigsten auf die Restitution, wenn untheilbare Rechtsverhältnisse in Frage sind.

84) Es folgt dies daraus, daß der ursprüngliche Zustand allenthalben, so viel wie möglich, wieder herzustellen ist. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. VII, S. 264 flg. Daher hat der Richter auch dafür zu sorgen, daß der Gegner des Restituirten auch in die Lage komme, welche er ohne das aufgehobene Geschäft haben würde. Daraus erklärt sich L. 47. §. 1. D. (4. 4.) auf welche Stelle die Vertheidiger der bestrittenen Ansicht in Ansehung der untheilbaren Rechtsverhältnisse sich ebenfalls berufen, wie Martin a. a. O. S. 353 flg. u. N. h. Aehnliches, wie bei der Restitution, tritt bei dem beneficium abstinendi ein. L. 55. 56. D. (29. 2.)

85) Cap. 2. X. (2. 28.)

86) Vgl. über diese Ausnahme vorzüglich Planck a. a. O. S. 421 flg.

des einen der Streitgenossen soll nämlich auch den Uebrigen, welche nicht appellirt haben, zu Statten kommen, unter der Voraussetzung, daß die rechtlichen und factischen Voraussetzungen der Beurtheilung bei ihnen dieselben sind [87]). Auch hier ist der Unterschied unerheblich, ob das Rechtsverhältniß, an dem die mehreren Genossen betheiligt sind, theilbar oder untheilbar war [88]). Diese Ausnahme beruht darauf, daß der appellirende Streitgenosse gleichsam als negotiorum gestor der Uebrigen angesehen und so behandelt wird, als habe er auch für seine Genossen den Streit in der höheren Instanz fortgesetzt. Eine Folge davon ist, daß der Sieg des anderen Genossen demjenigen nichts nützt, welcher ausdrücklich oder stillschweigend [89]) zu erkennen gegeben hat, daß er den Streit nicht mehr fortsetzen wolle, weil dann eine negotiorum gestio von Seiten seines Genossen nicht mehr angenommen werden kann. Auch dann kommt der Sieg des appellirenden Genossen den Uebrigen nicht zu Gute, wenn der Siegende ausdrücklich nur für sich selbst das Rechtsmittel eingewendet und durchgeführt hat. Nur wo er unbestimmt das frühere Erkenntniß angefochten hat, ist die Annahme einer Geschäftsführung möglich [90]). — Die bisher aufgestellten Sätze über Beurtheilung der Streitgenossen werden auch von den meisten neueren Processualisten anerkannt, soweit nicht Abweichungen bemerkt wurden [91]). Es ist dadurch, wenigstens unbewußt, die Selbstständigkeit jedes einzelnen Genossen, welche nur aus dem Grundsatze, daß jeder einzelne Proceß so beurtheilt werden müsse, als wenn jeder Genosse allein mit seinem Gegner processirte, zu erklären ist, anerkannt worden, indem jene Sätze aus dieser Selbstständigkeit sich ergeben. Die neueren Theorieen über das sog. litis consortium, die Streitgenossenschaft, welche sich an die Ansichten der italienischen Juristen anschließen, beruhen auf folgenden Sätzen: a) subjective Klagenhäufung ist in der Regel unstatthaft; b) ausnahmsweise dürfen mehrere Personen in derselben Parteirolle, gleichviel ob als Kläger oder als Beklagte, auftreten; c) dazu wird das Dasein gewisser Erfordernisse verlangt, welche schon vor dem Anfange des Processes existiren müssen und meistens auf der Be=

87) L. 10. §. 4. D. (49. 1.) besonders die Worte: si una eademque causa fuit defensionis.

88) So unterscheidet consequent Martin a. a. O. S. 348 flg.

89) Z. B. durch Verzicht auf die Appellation oder durch Befolgung des Urtheiles. Martin a. a. O. S. 359 flg. Hingegen aus der Versäumniß der Nothfrist zur Einwendung der Appellation kann ein wirklicher Verzicht, welcher den Genossen des Vortheiles aus dem Siege des appellirenden Streitgenossen beraubte, nicht geschlossen werden. Martin a. a. O. S. 363 flg.

90) Martin a. a. O. S. 370—372. Dagegen ist nicht erforderlich, daß ausdrücklich auch im Namen der Uebrigen appellirt worden sei, weil der Wille, die Geschäfte zu geriren, durch das Gesetz vermuthet wird, was aber nur dann möglich ist, wenn keine ausdrückliche entgegenstehende Willenserklärung erfolgt ist. Planck a. a. O. S. 425, N. 44. A. M. ist Martin a. a. O. S. 348, 381.

91) S. über das Folgende Planck a. a. O. §. 50, S. 425—430.

schaffenheit der gerichtlich zu verhandelnden Rechte und Verbindlichkeiten beruhen; d) die mehreren Personen werden alsdann Streitgenossen, Litisconsorten genannt; e) die Litisconsorten gelten für Einen Kläger, bezüglich für Einen Beklagten. Hinsichtlich der genaueren Bestimmung des dritten Satzes zeigten sich die meisten Schwierigkeiten, daher auch die meisten verschiedenen Ansichten; vorzüglich wurde auf die Connexität der Rechte und Verbindlichkeiten Rücksicht genommen. Der erste Satz ist in der neuesten Zeit sehr bestritten und von Mehreren als unrichtig dargestellt worden, obwohl die Folgerungen desselben nicht aufgegeben wurden. Daher wird noch neuerdings vom Litisconsortium neben der subjectiven Klagenhäufung gehandelt und eine Definition der Litisconsorten aufzustellen versucht[92]). Die Aufstellung eines solchen Begriffes ist durch das aus der veränderten Stellung des Richters zu erklärende Bestreben entstanden, Rücksichten der Zweckmäßigkeit, welche nach den Verhältnissen und Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen sind, auf allgemeine untrügliche Grundsätze zurückzuführen und dadurch das richterliche Ermessen auszuschließen. An dessen Stelle sollten allgemeine Gesichtspunkte gesetzlich treten, auf welche von den Parteien processualische Rechte und Pflichten noch vor dem Anfange des Processes gegründet werden könnten. Deshalb nahm man auf die Beschaffenheit des zur gerichtlichen Verhandlung zu bringenden Rechtsverhältnisses Rücksicht und suchte darin den Grund der Möglichkeit einer Streitgenossenschaft. Die Gemeinschaft oder Connexität des Rechtsverhältnisses, bei welcher sich in der Erfahrung die Verbindung mehrerer Personen am zweckmäßigsten bewährt hatte, wurde als wirklicher Grund der Streitgenossenschaft angesehen und hingestellt, woneben jedoch noch andere Fälle der Streitgenossenschaft zugelassen wurden. Nach dem oben Bemerkten entscheidet über die Verbindung mehrerer Processe von mehr als zwei Personen, welche als Parteien auftreten, auch heutzutage noch das richterliche Ermessen. Hiernach muß der Begriff der Litisconsorten fallen und es können als Litisconsorten eben nur die zusammen zu einem Rechtsstreite Verbundenen, was aber durchaus nur zufällig ist, angesehen werden. Im Vergleich zu den obigen Sätzen ist folgende abweichende Theorie aufzustellen: ad a) Verbindung mehrerer Processe, worin sogar verschiedene Personen auftreten, ist erlaubt, weil sie zur Abkürzung des Verfahrens dient; ad b) u. c) das richterliche Ermessen entscheidet, ob im einzelnen Falle die Verbindung zur Abkürzung des Verfahrens gereichen werde, oder ob sie vielmehr eine Verwirrung der mehreren Processe besorgen lasse; den Parteien bleibt es unbenommen, in Bezug auf die von ihnen gewünschte Vereinigung Anträge zu stellen, zu deren Begründung besonders eine zwischen den mehreren Personen bestehende Gemeinschaft des Rechts-

---

92) Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. XVI, S. 109 flg.

verhältnisses dienlich ist. ad d) Die mehreren Mitstreiter können nur dann passend Streitgenossen genannt werden, wenn sie sich wirklich zu einem Gesellschaftsverhältnisse vereinigt haben, was immer besonderen Beweises bedarf. ad e) Die rechtliche Beurtheilung jedes einzelnen Mitstreiters wird durch die Verbindung nicht geändert; jeder wird so beurtheilt, als ob keine Verbindung stattgefunden hätte; nicht Ein Proceß ist vom Richter zu beurtheilen, sondern mindestens so viele Processe, als Personen vorhanden sind. — Die Personen, welche auf Einer Seite des Processes streiten, stehen zu einander an und für sich in gar keinem Verhältnisse, weil die Verbindung nur eine äußere formelle ist. Ein wirkliches Gesellschaftsverhältniß kann möglicher Weise stattfinden, ist aber besonders nachzuweisen; außerdem läßt sich ein Societätsverhältniß nicht annehmen. Ebenso genügt die Verfolgung desselben Zweckes von Seiten Mehrerer gegen denselben Gegner nicht zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses; die Vereinigung an sich bezweckt keine Gemeinschaft eines Theiles der Vermögensrechte, weil sie auf äußerer durch den Richter auferlegter Nothwendigkeit beruht. Auch kann nicht einmal Identität des Zweckes Aller angenommen werden; der Zweck ist für jeden nur ein ähnlicher, wie der seines Mitstreiters, weil Jeder den Gewinn seines Processes, nicht den seines Mitstreiters beabsichtigt. Auch die Bestellung eines gemeinsamen Bevollmächtigten ändert nichts, weil die Besorgung gleicher Geschäfte mehrerer Personen durch denselben Mandatar kein Societätsverhältniß der Mehreren voraussetzt. Man hat aus dem angeblichen Societätsverhältnisse mehrerer Mitstreiter Folgerungen abgeleitet, z. B. in Bezug auf die Bezahlung der gemeinschaftlichen Proceßkosten, welche jedoch als Regel zu verwerfen sind. In Bezug auf die Kosten ist als Regel aufzustellen, daß jeder in die Kosten verurtheilte Genosse die Kosten, welche der Gegner seinetwegen allein aufgewendet hat, allein, die vom Gegner wegen sämmtlicher Genossen gemeinschaftlich aufgewendeten Kosten zu seinem Antheile zu bezahlen hat[93]). Soll ein wirkliches Societätsverhältniß unter den mehreren Mitstreitern stattfinden, so wird erstlich vorausgesetzt, daß die mehreren Mitstreiter wirklich die Absicht haben, sich gegenseitig in der Verfolgung ihres Zweckes zu unterstützen, indem sie nur dadurch einen gemeinsamen Zweck haben; und dann muß die beabsichtigte Art der Unterstützung sich nicht blos auf zufällige Gefälligkeiten beschränken, sondern auf der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht, Dienste oder Theile des Vermögens im gemeinsamen Interesse zu verwenden, beruhen.

93) Martin a. a. O. S. 377 flg. ist anderer Meinung und betrachtet die Streitgenossen hinsichtlich der Kosten gewissermaßen als gleiche Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung, nämlich an der widerrechtlichen Proceßführung, woraus er eine solidarische Haftpflicht jedes einzelnen Genossen für die Kosten, welche der Gegner wegen aller Genossen gemeinschaftlich hat aufwenden müssen, ableitet, ein unhaltbarer Gesichtspunkt.

III. Fähigkeit zur Proceßführung[94]). Das Recht in eigener Sache gerichtlich aufzutreten und zu verhandeln, (iusta persona, legitima persona, persona standi in iudicio) oder die Befugniß zur Verfolgung seines Rechtes vor Gericht steht in der Regel Jedem zu[95]), und nur die Unfähigkeit zur selbstständigen Verfügung über das Vermögen hindert auch an der selbstständigen gerichtlichen Rechtsverfolgung. Deshalb sind von letzterer ausgeschlossen: 1) Pupillen. Sie werden nach römischem Rechte während der infantia vom Tutor vertreten; nach Zurücklegung dieses Alters hat der Tutor die auctoritas zu interponiren[96]). Bei Processen zwischen den Pupillen und dem Tutor selbst ist dem Ersteren ein Curator zuzuordnen[97]), wenn nicht ein Contutor da ist, welcher dann den Pupillen gegen den anderen Tutor zu vertreten hat[98]). 2) Minderjährige[99]), die zur Proceßführung der Zustimmung des Curators bedürfen[100]) und wenn sie als Verklagte keinen Curator haben, einen solchen auf Antrag des Gegners durch die Obrigkeit zugeordnet erhalten, gleichwie Pupillen in gleichem Falle ein Tutor zuzu-

---

94) Dapp, Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß, 1789. Gesterding, Nachforschungen S. 372 flg. Linde, Civilpr. §. 114. Heffter, Civilproc. §. 105, 169. Martin, Civilproc. §. 35. Bayer, Vorträge über den ordentlichen Proceß §. 20. Schmid, Handbuch des Civilproc. §. 67.

95) Die Nachweisung dieser Befugniß wird oft Legitimation der Person (legitimatio personae) genannt. In Wegfall kommen die Bestimmungen über Unfähigkeit 1) der mit dem imperium versehenen Magistrate in L. 48. D. (5. 1.); 2) der Sclaven in L. 107. D. (50. 17.) L. 6. C. (III. 1.); 3) der Excommunicirten als Kläger im cap. 7. X. (2. 1.) cap. 8. im VI. V. 11.; 4) der in die Reichsacht verfallenen Personen im Landfr. v. 1548 III. und in der Kammergerichtsordn. v. 1555 Th. II, Tit. IX, §. 2. Hinsichtlich der Excommunicirten behauptet Bayer a. a. O. die Anwendbarkeit der kanonischen Stellen noch da, wo es einen bürgerlich wirksamen Kirchenbann noch giebt, was indessen in keinem Theile Teutschlands der Fall sein möchte.

96) L. 2. §. 2. 4. D. (26. 7.)

97) §. 3. Inst. (I. 21.)

98) L. 1. C. (V. 44.)

99) Das römische Recht läßt nach erlangter Volljährigkeitserklärung den Minderjährigen zu. L. 10. C. (VII. 62.) Ebendaselbst wird auch vorher Minderjährigen, wegen Gefahr aus dem Verzuge, die Einwendung der Appellation gestattet, die Fortführung derselben ist Sache des Curators. Im kanonischen Rechte wird in causis spiritualibus, besonders in Ehesachen, der Minderjährige, welcher die Pubertät erreicht hat, unbedingt, der impubes unter Zuordnung eines Curators oder mit einem vom infantia maior unter Autorität des zuständigen Gerichtes erwählten Procurator zur Proceßführung zugelassen. Cap. 3. in VI. (II. 1.) cap. 14. X. (II. 13.) Bei den Protestanten ist in Ehesachen die Anwendung dieser Bestimmungen bestritten. Linde a. a. O. §. 114, N. 3. Sie läßt sich auch nicht behaupten, da nach den jetzigen vormundschaftlichen Einrichtungen Minderjährige in Processen aller Art durch ihre Vormünder vertreten werden, wovon auch Ehesachen keine Ausnahme machen, außer insofern die Concurrenz des Minderjährigen dabei nothwendig ist, z. B. bei Pflegung der Güte, Erklärung über den Eidesantrag, Eidesleistung u. s. w.

100) §. 2. Inst. (I. 23.) L. 1. 2. C. (III. 6.) L. 11. C. (V. 34.)

ordnen ist[101]). Der während des Processes mündig gewordene Pupill kann von da mit Consens des Curators, der volljährig gewordene minor allein, den Proceß fortführen[102]). Nach heutigem Rechte hingegen ist in Folge der jetzigen vormundschaftlichen Einrichtungen die Proceßführung für Pupillen und Minderjährige durch ihre Vormünder die Regel, die Zuziehung der Pflegebefohlenen selbst zu Proceßhandlungen Ausnahme[103]). 3) Furiosi, welchen die gerichtlich erklärten Verschwender in Ansehung der Unfähigkeit, über ihr Vermögen zu verfügen, gleichstehen[104]), und andere geisteskranke Personen werden vor Gericht durch ihre Curatoren vertreten[105]). 4) Für Kinder unter väterlicher Gewalt handelt in der Regel der Inhaber der väterlichen Gewalt vor Gericht[106]). 5) In Processen über das Dotalvermögen hat während der Ehe der Ehemann allein das Recht der gerichtlichen Geltendmachung[107]), eine Ausnahme tritt ein, wenn der Mann verarmt, welchenfalls die Ehefrau selbstständig auftreten kann[108]). Außerdem steht den Frauenspersonen nach römischen Rechte volle Befugniß zu eigener Rechtsverfolgung zu. Nach teutschem Rechte begründen die Institute der ehelichen Gütergemeinschaft und der ehelichen Vormundschaft, sowie der bestätigten Geschlechtsvormundschaft Ausnahmen. Die Beschränkung unverheuratheter Frauenspersonen durch die bestätigte Geschlechtsvormundschaft in Ansehung der Rechtsverfolgung ist in den meisten Ländern aufgehoben[109]). Eine fernere Ausnahme von der obigen Regel, daß jeder zur Disposition über sein Vermögen Berechtigte auch zur Proceßführung befugt sei, welche in den Lehrbüchern des Pro-

101) L. 3. §. 2. D. (26. 1.) L. 7. §. 2. D. (4. 4.) L. 1. 4. 7. C. (V. 31.)

102) Auch konnte der Tutor zur Fortsetzung des Processes durch die Obrigkeit angehalten werden. L. 39. §. 12. D. (26. 7.) Der Curator eines Minderjährigen, wenn er nach der Volljährigkeit des Pflegebefohlenen vor abgelegter Rechnung den Proceß nicht fortsetzte, auch der minor denselben nicht übernommen hatte, mußte dafür haften. L. 5. §. 6. D. (26. 7.)

103) Schmid a. a. O. §. 67. So ist es namentlich in den Ländern sächsischen Rechtes.

104) L. 40. D. (50. 17.)

105) L. 1. D. (27. 10.)

106) Ausnahmen finden schon im römischen Rechte statt. Sie sind zusammengestellt von Schmid a. a. O. §. 67, N. 12. Außer den Fällen, wo zwischen Vater und Sohn selbst ein Proceß zugelassen wird (bereits vorher ist gezeigt worden, daß nach teutschem Rechte dies uneingeschränkt stattfindet) gehören hierher folgende Stellen: 1) L. 39. D. (44. 7.) L. 57. D. (5. 1.) 2) L. 17. §. 10. D. (47. 10.) L. 5. §. 6. 7. D. eod. 3) L. 13. D. (44. 7.) 4) L. 9. D. (44. 7.) 5) L. 18. §. 1. D. (5. 1.) 6) L. 8. pr. D. (3. 3.) Nov. 97. cap. 6. §. 1. 7) cap. 3. in VI. (II. 1.) 8) L. 1. C. (VI. 60.) L. 8. pr. §. 1. 3. C. (VI. 61.)

107) L. 11. C. (V. 12.) L. 9. C. (III. 32.)

108) L. 29. C. (V. 12.)

109) So namentlich in den Ländern sächsischen Rechtes. Heimbach, Lehrb. des particulären Privatrechtes der zu den Oberappellationsgerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten Bd. I, §. 168, 169. Bd. II, S. 80.

cesses gewöhnlich übergangen wird, aber gleichwohl hierher gehört, findet statt 6) bei den in Concurs verfallenen Schuldnern, welche den einzelnen Concursgläubigern gegenüber durch den Contradictor oder Curator litis vertreten werden. Daß juristische Personen, weil sie eben keine wirklichen, sondern blos durch gesetzliche Fiction bestehende Rechtssubjecte sind, vor Gericht nur durch Vertreter handeln können, liegt in ihrer blos fingirten Persönlichkeit; allein die Befugniß ihr Recht vor Gericht zu verfolgen, steht ihnen gleich den physischen Personen zu, wenn sie sich gleich dazu eines Vertreters bedienen müssen; denn es steht ihnen die Befugniß zur Disposition über ihr Vermögen zu. Gemeinden und andere Corporationen werden durch den Syndikus vor Gericht vertreten, Kirchen und milde Stiftungen durch die Vertreter ihres Vermögens, kirchliche Pfründen durch deren Inhaber, welche jedoch mit der Wirksamkeit für ihre Nachfolger und die Pfründe selbst regelmäßig nur mit Genehmigung der geistlichen Oberbehörde processiren können. Sehr nahe stehen den juristischen Personen die Actiengesellschaften, welche vor Gericht durch ihren Vorstand vertreten werden. Ob der Vorstand zur Führung des einzelnen Processes der Genehmigung der Gesellschaft oder eines aus derselben dem Vorstande zugeordneten Gesellschaftsrathes bedürfe, hängt von den Bestimmungen der Statuten ab. — Der Mangel der Fähigkeit einer Partei, ihr Recht vor Gericht zu verfolgen, begründet, wenn die unfähige Partei selbst ohne Zuziehung ihrer gesetzlichen Repräsentanten vor Gericht aufgetreten ist, Nichtigkeit der Verhandlung, wenn nicht die Partei nach erlangter Fähigkeit selbst, oder ihr gesetzlicher Repräsentant früher das Verfahren genehmigt [110]). — Die Personen, welche eine vor Gericht zu handeln unfähige Partei vertreten oder derselben beistehen, bilden nothwendige Nebenpersonen im Processe. Es gehören dahin Tutoren, Curatoren und Inhaber der väterlichen Gewalt. Ihr Unterschied von den freiwilligen Procuratoren besteht darin: 1) daß die Bestellung der nothwendigen Vertreter auf dem Gesetze beruht, nicht von dem Willen des Schutzbedürftigen abhängt; 2) daß während des Bestehens der Vertretung die Rechte und Pflichten des Vertreters blos durch das Gesetz bestimmt werden; 3) daß die Nothwendigkeit der Vertretung erst mit Aufhören des Grundes der Unfähigkeit aufhört, wogegen die Function des jedesmaligen Vertreters schon vorher durch besondere, gesetzliche oder natürliche Gründe beendigt werden kann [111]).

IV. Rechte und Pflichten der Parteien im allgemeinen [112]). Als Princip ist die Gleichheit der Rechte der Parteien

---

110) L. 9. 45. §. 2. L. 54. pr. D. (42. 1.) L. 14. 24. C. de procurat. (II. 12. (13.)) L. 4. C. si adversus rem iudicat. (II. 26. (27.)) L. 1. C. (III. 6.)

111) Schmid, Hdbch. d. Civilpr. §. 82.

112) Linde, Civilpr. §. 118. Bayer, Vorträge §. 22, 23. Schmid, Hdbch. §. 69.

gesetzlich anerkannt[113]). Abweichungen davon bilden diejenigen Vorrechte und Begünstigungen, welche in besonderen persönlichen Eigenschaften der Parteien ihren Grund haben, z. B. die Restitutionswohlthat. Außerdem ist jenes Princip in Bezug auf die gewöhnlichen processualischen Verhältnisse insofern beschränkt, als, wie schon früher angedeutet wurde, die Lage des Beklagten vortheilhafter ist, als die des Klägers. Dies hat seinen Grund theils in dem natürlichen Verhältnisse des Angegriffenen zu dem Angreifer, theils in positiven Bestimmungen. Auf jenem Verhältnisse beruht 1) daß der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten folgen muß (actor sequitur forum rei)[114]; 2) daß der Beklagte von der Klage wegen nicht erbrachten Klagbeweises entbunden werden muß, wenn er auch seinerseits seine Einreden nicht zu erweisen vermochte (actore non probante reus absolvitur)[115]). Auf positiven Bestimmungen beruht: 1) der Kläger hat andere und mehrere Cautionen zu bestellen, als der Beklagte[116]); 2) der Kläger muß dem Beklagten auf dessen Verlangen alle zu dessen Vertheidigung dienenden Urkunden ediren, während der Beklagte die Urkunden zum Beweise der Klage zu ediren nicht schuldig ist[117]); doch ist jene Verbindlichkeit des Klägers nicht unbestritten; 3) der Kläger muß der Proceßkosten halber Caution bestellen, eine Verbindlichkeit, welche als solche dem Beklagten nicht obliegt[118]); 4) der Kläger muß sich auf eine Wiederklage des Beklagten vor dem Gerichtsstande des Beklagten einlassen, auch wenn derselbe sonst für den Kläger nicht zuständig wäre[119]); 5) nach der Vorschrift des kanonischen Rechtes hat von zwei widersprechenden Erkenntnissen, welche in derselben Sache und Instanz ergangen sind, das dem Beklagten günstigere den Vorzug, insofern nicht der Streitgegenstand eine gesetzliche Begünstigung genießt, wie z. B. die Ehe, die Freiheit, die dos, ein Testament[120]). Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen wird der Grundsatz im römischen Rechte aufgestellt: favorabiliores sunt partes rei, quam actoris[121]). Bei zustehender Wahl, ob man einen Anspruch in der Eigenschaft als Kläger oder als Beklagter geltend machen will, ist die Ergreifung des letzteren Weges rathsamer. Bestritten ist bei den iudicia duplicia, ob derjenige, welcher die Rolle des Beklagten entweder durch Prävention des Gegners, oder

---

113) L. 41. D. (50. 17.) cap. 2. X. (2. 4.) Vgl. Gönner, Hdbch. des gem. teutsch. Proc. Bd. I, N. 13, §. 5. Martin, im Magazin S. 32.

114) L. 2. C. (III. 13.) L. 3. C. (III. 19.)

115) L. 4. C. (II. 1.) L. 2. 23. C. (IV. 19.) L. 9. C. (VIII. 36.) cap. 3. X. (II. 19.)

116) §. 2. Inst. (IV. 11.) Tit. Dig. de satisdando. (II. 8.) Nov. 112. cap. 2,

117) L. 5. C. (II. 1.) Cf. L. 6. 8. C. eod.

118) Nov. 112. cap. 2.

119) L. 14. C. (VII. 45.) Nov. 96. cap. 2. cap. 3. in VI. (I. 3.)

120) Cap. 5. X. (II. 27.) Cf. L. 38. D. (42. 1.) L. 10. D. (49. 14.) L. 33. D. (50. 17.)

121) L. 125. D. (50. 17.)

durch das Loos erhalten hat[122]), auch die mit der Rolle des Beklagten verbundenen obigen Vortheile beanspruchen könne, oder ob die Vertheilung der Parteirollen nur rein formell sei (quoad litis ordinationem, non definitionem). Gewöhnlich erklärt man sich für das Erstere[123]), was dann richtig ist, wenn Theilung einer gemeinschaftlichen Sache in Frage ist. Behauptet aber jede Partei, daß derselbe Gegenstand ihr ungetheilt zukomme, so hat derjenige, welcher formell als Kläger behandelt wird, die Beweislast[124]), und halten bei beiderseitiger Beweisführung die beiderseits gelieferten Beweise einander die Wage, so ist für den zu entscheiden, welcher die Rolle des Beklagten erhalten hat[125]). — Die gegenseitigen Pflichten der Parteien sind: 1) keine Partei soll gegen eigenes besseres Wissen (calumniose) Anträge bei Gericht stellen, oder sich gegen Anträge des Gegners vertheidigen. Im neuesten römischen Rechte gab es als Mittel, Chicanen im Processe vorzubeugen, nur das iusiurandum calumniae[126]) und als Rechtsmittel zur Bestrafung wirklich begangener Chicane die actio in factum de calumniatoribus auf das quadruplum des einer Partei zu dem Zwecke, um sie zur Chicanirung des Gegners oder zu deren Unterlassung zu bestimmen, Zugewendeten[127]), eine Klage, welche jedoch, insoweit sie auf Privatstrafe, nicht auf Herausgabe des durch Chicane Erworbenen gerichtet ist, heutzutage nicht mehr anwendbar ist. Die in den Reichsgesetzen[128]) enthaltene Vorschrift wegen Bestrafung muthwilliger Anträge mit will-

---

122) L. 2. §. 1. D. (10. 3.) L. 13. 14. 29. D. (5. 1.)

123) Grolman, Verfahren in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 57, N. 1. Linde, Civilpr. §. 118.

124) Savigny, Recht des Besitzes S. 484 flg. der 6. Ausg.

125) Cap. 3. X. (II. 19.) Bayer, Vorträge §. 22. Dagegen meint Linde a. a. O. §. 118, N. 3, die gedachte Stelle könne nicht dafür angeführt werden, daß für den formell als Beklagten behandelten Theil entschieden werden müsse, weil in dem entschiedenen Falle beide Theile im theilweisen Besitze waren und die günstigere Entscheidung für den Besitzer ausfallen solle, possessor und reus in dieser Stelle aber nicht gleichbedeutend seien, und mehr an die Sache, als an die Parteirolle gedacht worden sei. Allein possessor muß hier denjenigen, welcher formell als Beklagter behandelt wird, bedeuten, weil von einem Gleichgewichte der beiderseits geführten Beweise gar nicht die Rede sein könnte, wenn der Besitz der einen Partei dadurch nachgewiesen wäre; denn dann würde der Besitz entscheiden (in pari causa melior est conditio possidentis); ein Gleichgewicht der beiderseitigen Beweise kann aber nur dann angenommen werden, wenn für keinen Theil etwas erwiesen ist, was den Ausschlag giebt, nicht einmal der Besitz, z. B. wenn ebensoviel classische Zeugen für den formell als Kläger, ebensoviel für den formell als Beklagten handelnden Theil aussagen, so z. B. für den Besitz eines jeden Theiles. Dann bleibt nichts übrig, als für den formell als Beklagten behandelten Theil zu entscheiden und dieser heißt in der Stelle possessor.

126) Pr. §. 1. Inst. (IV. 16.) Die im älteren römischen Rechte stattfindenden Mittel des iudicium calumniae und contrarium iudicium (Gaj. Inst. Lib. IV. §. 174—181) sind außer Uebung gekommen.

127) Tit. Dig. de calumniatoribus (III. 6.)

128) J. Reichsabsch. §. 119, 120.

kürlichen Strafen wird nicht immer gehörig beobachtet. Insbesondre hat bösliches Ableugnen gegnerischer Behauptungen folgende im römischen Rechte angedrohte Nachtheile: a) in manchen Fällen die Verurtheilung in das Doppelte (lis inficiando crescit in duplum)[129]; b) derjenige, welcher auf eine interrogatio in iure gar nicht oder absichtlich unrichtig antwortet, kann in solidum belangt werden, wenn er auch gar nicht oder nur zu einem Antheile verpflichtet war[130]; c) der mit der Vindication belangte wirkliche Besitzer, welcher den Besitz leugnet und dessen überführt wird, verliert den Besitz zum Vortheile des Klägers[131]; d) Veränderung der Beweislast, wenn bei der condictio indebiti der Beklagte die Zahlung leugnet und derselben vom Gegner überführt wird;[132]) e) Verlust von Rechtswohlthaten und Einreden als Strafe des Ableugnens bestehender Verbindlichkeiten, wie der Wohlthat der Competenz[133], der Rechtswohlthat der Theilung[134], der Einrede der Zahlung, wenn der zuerst geleugnete Empfang des Geldes vom Gegner erwiesen wird[135]. Der hierher gezählte Fall des Verlustes der exceptio non numeratae pecuniae, wenn die vom Aussteller bestrittene Aechtheit eines Schuldscheines durch einen tabellio oder durch Zeugen erwiesen wird, ist nicht mehr anwendbar[136]. Aufgehoben sind diese Nachtheile nicht, auch kann eine entgegenstehende Gewohnheit nicht nachgewiesen werden[137]. 2) Die Parteien sowie ihre Anwälte haben sich bei Vermeidung willkürlicher Strafe der muthwilligen Proceßverzögerung zu enthalten[138]. 3) Ebenso sollen die Parteien und ihre Anwälte be-

129) Gaj. Inst. Lib. IV. §. 9. 171. Cf. Lib. II. §. 282. Lib. III. §. 127. 216. §. 1. Inst. (IV. 16. §. 26. Inst. (IV. 6. §. 17. Inst. eod. L. 1. §. 1. D. (16. 3.) Nov. 18. cap. 9.

130) L. 11. §. 3. 4. L. 17. D. (11. 1.) L. 1. §. 15. D. (9. 1.)

131) L. 80. D. (6. 1.) Nov. 18. cap. 10.

132) L. 25. pr. D. (22. 3.)

133) L. 22. §. 1. D. (42. 1.) L. 67. §. 3. D. (17. 2.)

134) L. 10. §. 1. D. (46. 1.)

135) Nov. 18. cap. 8. verb. Si quis autem adnumerationem — sustinere negationis poenam.

136) L. 16. pr. C. (IV. 21.) Diese Stelle ist aber eine aus den Basiliken restituirte Constitution und daher nicht giltig. Schmid a. a. O. §. 67 rechnet ihn daher mit Unrecht zu diesen Fällen.

137) Nach Bayer, Vorträge §. 23 werden sie in der Praxis gewöhnlich ignorirt. Man kann dies hinsichtlich der Fälle, wo lis inficiando crescit in duplum, zugeben, weil die hier angeführten Fälle ein eigenthümliches Institut des römischen Processes bilden, welches im heutigen Proceßrechte keinen Eingang gefunden hat (Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 325), obgleich sie in einzelnen Particulargesetzen Bestätigung gefunden haben. Erl. kursächs. Proceßordnung Tit. XVI, §. 3. Altenb. Proceßordnung P. I, Cap. 14, §. 4. Weimar. Proceßconstitution vom 1. December 1775 §. 8. S. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 31, N. 2. Hinsichtlich der übrigen Nachtheile des böslichen Leugnens läßt sich aber eine Unanwendbarkeit des römischen Rechtes nicht behaupten.

138) L. 6. §. 4. C. (II. 6.) cap. 5. X. (II. 14.) Reichpolizeiordn. v. 1577 Tit. XXXIII. J. Reichsabsch. §. 120.

leidigender Aeußerungen in mündlichen und schriftlichen Vorträgen enthalten[139]. 4) Keine Partei soll den Richter bestechen. Die bestechende Partei hat außer der öffentlichen Strafe noch andere Nachtheile zu erwarten. Für den Kläger besteht solchenfalls der Nachtheil in dem Verluste des Klagrechtes, selbst wenn dasselbe an sich wirklich begründet war[140]; ein bereits zum Vortheile des bestechenden Klägers gefälltes und eröffnetes Urtheil ist nichtig[141], und hätte der Beklagte in Folge dieses Erkenntnisses etwas geleistet, so kann er das Geleistete zurückfordern, die deshalb von ihm anzustellende Klage ist die condictio sine causa. Wird der Beklagte einer Bestechung überwiesen, so ist er als in der Hauptsache verurtheilt zu behandeln[142]. — Eine Verpflichtung, sich die Proceßführung auf positive Art zu erleichtern, liegt den Parteien gegeneinander nicht ob. Namentlich braucht keine Partei ihrem Gegner aus eigenen Mitteln Vorschuß der Proceßkosten zu leisten, wenn sie auch wohlhabend und der Gegner arm wäre[143]. Die von dieser Regel früher gemachten Ausnahmen sind theils unbegründet, theils nur scheinbar[144]. Keine Partei kann ebensowenig verlangen, daß ihr die andere zur Herstellung eines ihr obliegenden Beweises auf positive Art

---

139) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. XXXIII.

140) L. 2. §. 2. D. (12. 5.) L. 1. C. (VII. 49.)

141) L. 7. C. (VII. 64.)

142) Nov. 124. cap. 1. in fine. Diese Stelle spricht eigentlich nur von dem Falle, wenn die Parteien den vorgeschriebenen Eid, daß sie den Richtern nichts gegeben oder versprochen haben, nicht leisten und will solchenfalls den Beklagten verurtheilt wissen. Es folgt aber daraus, daß, wenn der Beklagte der Bestechung auch auf andere Weise überwiesen wird, als durch Verweigerung jenes Eides, der heutzutage nicht mehr in Uebung ist, er verurtheilt werden muß, oder wenn die Bestechung erst nach dem ihn lossprechenden Erkenntnisse klar gestellt wird, das Erkenntniß nichtig ist, und eine Verurtheilung erfolgen muß. Vgl. noch Nov. 124. cap. 2., deren Bestimmungen übrigens, da sie mit dem vorgeschriebenen nicht mehr üblichen Eide zusammenhängen, nicht mehr anwendbar sind.

143) L. 17. D. (27. 3.) Particulargesetze machen Ausnahmen. So muß nach der Erl. kursächs. Proceßordn. Tit. I, §. 12. Altenb. und Goth. Proceßordn. P. I, Cap. 9, §. 4, der Beklagte dem Kläger, welcher das Armenrecht erlangt hat, den baaren Verlag vorschießen: a) in Alimentensachen, wenn das Recht des Armen wahrscheinlich ist; b) wenn auf Abtretung eines Gutes oder einer Erbschaft geklagt wird und scheinbare Vermuthung vorhanden ist, daß dem Kläger das Gut oder die Erbschaft ganz oder zum Theil gehöre; c) wenn die Wittwe nach des Ehemanns Tode ihr Eingebrachtes oder ihr Gegenvermächtniß fordert. Im Ehescheidungsprocesse ist der Ehemann zum Proceßkostenvorschusse nach einzelnen Particulargesetzen verbunden, selbst wenn das Eingebrachte der Ehefrau bezüglich dessen Abwurf dazu nicht hinreicht. Goth. Ehemandat v. 15. August 1834 §. 144, 145. Dagegen entbindet die königl. sächs. Resolut. Consistor. 18. v. 27. Januar 1786 den Ehemann von dem Vorschusse der Proceßkosten und läßt der Ehefrau im Ehescheidungsprocesse nur Nachsuchung des Armenrechtes nach. S. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Proc. Bd. I, §. 32, S. 98.

144) Gensler, Hdbch. S. 223—239. Bayer, Vorträge §. 23.

behilflich sein solle, wovon das Recht auf Urkundenedition eine Ausnahme macht[145]). Vergleiche noch die Artikel **Armenrecht**, **Cautionen** und **Kosten**.

Heimbach sen.

Quellen des kanonischen und Kirchenrechtes in Teutschland sind theils fremde, theils einheimische, kirchliche und weltliche, geschriebene und ungeschriebene, gemeine und partikulare.

Das **kanonische Recht** (ius canonicum, ius canonum) beruht auf Satzungen der Kirche (canones) und unterscheidet sich vom **Kirchenrechte** (ius ecclesiasticum, ecclesiae) sowohl durch die Verschiedenheit der Quellen, als des Inhaltes derselben[1]). **Canon**[2]) heißt im allgemeinen soviel als regula, daher Lancelot in den institutiones iuris canonici lib. I. tit. I. erklärt: ius canonicum ius regulare non male dixeris, lex[3]). Jede Norm, welche in der Kirche als Richtschnur für das Leben zur Geltung gelangte, nannte man Canon und schloß sich dabei an den Sprachgebrauch an, welchen bereits die heilige Schrift sanctionirt hatte (Brief an die Galater VI, 16. Philipper III, 16 u. a.). Ob aber ein Grundsatz zu befolgen sei, darüber entschied anfangs die christliche Gemeinschaft selbst, durch stillschweigende oder ausdrückliche Anerkennung (Apostelgesch. XV, 22 flg., 30), später durch die Organe, welche als Repräsentation der Kirche betrachtet wurden, also seit dem zweiten und resp. dritten Jahrhunderte durch die Gemeindevorstände, insbesondre die Bischöfe und deren Vereinigung auf Synoden. Nur die Kirche selbst, nicht aber ein Einzelner in ihr bildete Kanones. Die von einem Bischofe aufgestellte Norm wurde erst durch die Annahme der Kirche ein Kanon; daher erklärte noch der Patriarch Photius von Constantinopel († 891), man solle nur diejenigen Bestimmungen *κάνονες ἐκκλησιαστικοί* nennen und als solche brauchen, welche nicht blos ein Einzelner für sich, sondern mehrere heilige Väter an einem Orte versammelt mit gemeinsamem Beschlusse und nach sorgfältiger Untersuchung festgestellt haben[4]). Während die Kirche des Orientes daran stets festgehalten hat, ist die des Occidentes davon später abgewichen. Die Kirche von Rom, schon früh als die einzig sichere apostolische Stiftung des Occidentes den übrigen vorgezogen, ertheilte Anfragenden

---

145) **Bayer**, Vorträge §. 23.

1) Vgl. **Falck**, juristische Encyclopädie (5. Ausg.) §. 93. **Richter**, Lehrbuch des Kirchenrechtes (4. Aufl.) §. 6.

2) S. **Bickell**, Geschichte des Kirchenrechtes I, 2 flg. **Credner**, zur Geschichte des Kanons (Halle 1847) Nr. I.

3) C. 1. 2. dist. III. aus Isidor's etymolog. VI. 16.

4) *οὓς οὐ μόνον καθ᾽ ἑαυτόν τις, ἀλλὰ πλείους ἅγιοι πατέρες εἰς ταυτὸν συνελθόντες κοινῇ γνώμῃ καὶ μεμεριμνημένῃ βασάνῳ διετάξαντο.* (Vorrede zum Nomocanon.) Damit steht nicht im Widerspruche, daß Johannes von Antiochia († 578) in der Vorrede zu seinem Syntagma von Basilius dem Großen von Neucäsarea sagt: *περὶ πολλῶν ἐκανόνισεν*, denn aus seinen kanonischen Briefen sind erst canones durch die Kirche gebildet und recipirt.

Rath, welcher auch meistens befolgt und bald in der Christenheit allgemeiner als verbindlich angesehen wurde. Die Schreiben der römischen Kirche sind zuerst Beschlüsse römischer Synoden, welche der Bischof von Rom im Namen derselben als Antwort gab, später ohne der Synode zu gedenken, erließ, endlich aber auch selbstständig, ohne vorangegangene Zuziehung des Presbyteriums oder der Mitbischöfe beschloß[5]). Begriff und Ausdruck Canon konnte hiernach auf die römischen Erlasse (decreta, epistolae decretales)[6]) mit übergehen, und daher sagt Gratian zum can. 2. dist. III.: Canonum alii sunt decreta Pontificum, alii statuta conciliorum. Päbstliche Decretalen und Concilienschlüsse bildeten den Hauptstoff für das kirchliche Recht des Mittelalters und daher nannte man alles Kirchenrecht ius canonum, ius canonicum, insbesondre auch die aus demselben hervorgegangenen Sammlungen, und vor allen die Hauptsammlung, das corpus iuris canonici. Canon war und blieb die technische Bezeichnung für die kirchliche Sanction, während die bürgerliche νόμος oder lex genannt wurde[7]). Dem ius canonicum stellte man das ius civile gegenüber, den sanctiones canonicae die legitimae[8]).

Das kanonische Recht bezieht sich entsprechend der Stellung der Kirche im Mittelalter auf alle Verhältnisse, welche damals dem Einflusse der Autorität der geistlichen Macht unterlagen und ausführlich in dem Artikel: Geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 581 flg. betrachtet sind. Daraus erhellt, daß das kanonische Recht sich nicht auf die Kirche als Religionsanstalt beschränkt und folglich nach seinem Inhalte über das Kirchenrecht hinausgeht: denn Kirchenrecht ist die Summe derjenigen Rechtsbestimmungen, welche die Kirche d. h. die religiöse Gemeinschaft der im Glauben an Christus, als ihren Herrn (κύριος), verbundenen Christen, hinsichtlich derjenigen Gegenstände betreffen, welche zur Bethätigung dieses Glaubens erforderlich sind. Das eigenthümliche Gebiet des Kirche unterscheidet sich von dem des Staates, als der politisch-bürgerlichen Rechtsgemeinschaft (m. s. den Artikel Staat und Kirche) und daher sind alle Vorschriften des kanonischen Rechtes, welche andere Bestimmungen enthalten, als die der Natur der Kirche als Glaubensgemeinschaft entsprechenden, nicht als kirchenrechtlich anzusehen.

---

5) Vgl. Jacobson, in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik von 1840 Nr. 45.

6) C. 3. §. 16. dist. XV. (Gelasius a. 496?). Siehe Credner a. a. O. nr. IV. c. 1. dist. XX. (Leo IV. a. 850).

7) Ueber den Sprachgebrauch in der Kirche des Orients s. m. Socrates, hist. eccl. lib. I. cap. XIII. Sozomenus, hist. eccl. lib. I. cap. XXIII. Daraus ging er in den Occident über. S. Iulian, epit. Nov. c. 6. §. 24. c. 73. §. 264. c. 115. §. 429. 430. c. 1. §. 1. dist. XX. (Leo IV. a. 850). Gratian, princ. dist. III.

8) S. dist. X. c. 11. X. de transactionibus (I. 36.) in parte decisa.

Während das kanonische Recht nach der einen Seite mehr umfaßt als Kirchenrecht, enthält es nach der anderen Seite doch nicht das gesammte Kirchenrecht. Die Kirche besteht nämlich zwar als eine eigenthümliche Institution, aber doch nicht isolirt von der sittlich-rechtlichen Verbindung des Staates. Die Kirche befindet sich im Staate, und wie sie auf ihn einen großen Einfluß ausübt, unterliegt sie wiederum auch der Einwirkung des Staates und seiner Gesetzgebung. Diese ist nach ihrem Inhalte bürgerlich oder kirchlich (lex mundana — lex ecclesiastica [9])). Die letztere bildet eine wichtige Quelle des Kirchenrechtes und ist als solche auch stets von der Kirche benutzt worden. Es sind sogar leges ecclesiasticae nicht blos in die Sammlungen des Kirchenrechtes mit aufgenommen (leges registratae), sondern auch förmlich mit den kanonischen Satzungen verschmolzen (leges canonisatae) [10]). Zu den bürgerlichen Quellen des Kirchenrechtes gehören vornämlich das römische und teutsche Recht und das letztere in seiner Gestalt als gemeines und partikulares Recht. Als eine gewissermaßen gemischte Quelle erscheinen die Vereinbarungen des Staates mit der Kirche.

Von allen diesen Bestandtheilen des Kirchenrechtes muß hier die Rede sein, doch in der Beschränkung auf Teutschland, und darum, weil die griechische Kirche keine größere Ausbreitung daselbst gefunden hat, zugleich mit alleiniger Berücksichtigung der römisch-katholischen und evangelischen Kirche. Nur so weit ist die Kirche des Orientes mit zu berühren, als das Recht derselben in den Occident übergegangen ist. Für den Zweck genüge die Hinweisung auf Biener, de collectionibus canonum ecclesiae Graecae, Berolini 1827. Zachariae, historiae iuris Graeco-Romani delineatio, Heidelberg 1839. Mortreuil, histoire du droit Byzantin. Paris 1843—1846. 3. vol. 8. Ueber die Quellen des mosaischen und jüdischen Rechtes, die für das Kirchenrecht die Bedeutung eines Hilfsmittels haben, s. m. den Art. Juden im Rechtslexikon Bd. V, S. 820. Verb. Saalschütz, das mosaische Recht nebst den vervollständigenden talmudisch-rabbinischen Bestimmungen, Berlin 1853, 2. Auflage, 2 Thle. 8

Für den vorliegenden Gegenstand sind aus der reichen Literatur hervorzuheben:

Ios. Ant. a Riegger, bibliotheca iuris canonici, Vindob. 1761. 1762. 2 Tom. Io. Doviatius, praenotionum canonicarum libri V. Paris 1687 edid. Schott, Mitav. et Lipsiae 1776—1779. 2 Tom. Chr. Friedr. Glück, praecognita uberiora universae iurisprudentiae ecclesiasticae positivae Germanorum, Halae 1786. Gerh. v. Mastricht, historia iuris ecclesiastici et pontificii, Duisburg 1676 edid. Thomasius, Halae 1705. 1719. Joh. Georg Pertsch, kurze Historie

9) So unterscheidet Ansegisus in der Praefatio der von ihm besorgten Sammlung der fränkischen Capitularien.

10) Vgl. Abbas Panormitan. zum c. 2. X. de rescriptis (I. 3.) nr. 9. Glück, praecognita iurisprud. eccl. §. 4. Coroll. p. 11.

des kanonischen und Kirchenrechtes, Breslau 1753. (v. Spittler) Geschichte des kanonischen Rechtes bis auf die Zeiten des falschen Isidor, Halle 1778, wiederholt nebst einem Anhange in v. Spittler's Werken, herausgegeben von v. Wächter Bd. I, Stuttgart 1827. Desselben Verf., Vorlesungen über die Geschichte des kanonischen Rechtes, a. a. O. Bd. III, Stuttgart 1836. J. J. Lang, Geschichte und Institutionen des katholischen und protestantischen Kirchenrechtes, Theil I (äußere Kirchenrechtsgeschichte), Tübingen 1827. Bickell, Geschichte des Kirchenrechtes, Bd. I, Abth. I, II (die zweite herausgeg. von Röstell) Gießen 1843, 1849. Eichhorn, Grundsätze d. Kirchenrechtes Bd. I, Buch II. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes (10. Ausg.) Buch II. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes (4. Aufl.) Buch II. Georg Phillips, Kirchenrecht Bd. III, S. 573 flg., Bd. IV (Regensburg 1850, 1851).

Die Quellen des Kirchenrechtes sind theils der römisch-katholischen und evangelischen Kirche gemeinschaftlich, theils jeder von ihnen eigenthümlich. Zu jenen gehören die heilige Schrift und Tradition, das Corpus iuris canonici, das bürgerliche sich auf die Kirche beziehende Recht. Charakter und Dignität dieser gemeinsamen Quellen ist indessen in beiden Kirchen durchaus verschieden.

I. Gemeinschaftliche Quellen für das Recht beider Kirchen.

A. Die heilige Schrift[11]) und Tradition[12]). Die ursprüngliche Quelle christlicher Wahrheit ist das göttliche Wort des Erlösers, mündliche Lehre, welche sich an das alte Testament anschloß und das rechte Verständniß desselben eröffnete. So lehrten auch die Apostel und Jünger des Herrn, welche die Erfüllung der Verheißungen des alten Bundes durch die Darstellung seines Lebens erwiesen. Daher entstanden die Biographien Jesu Christi (Evangelien) und die verschiedenen Lehr-, Trost-, Ermahnungsbriefe der mit der Verbreitung der Wahrheit betrauten apostolischen Männer. Schon im zweiten Jahrhunderte waren diese zuerst einzeln verbreiteten Schriften als Sammlung vorhanden, als εὐαγγελικόν und ἀποστολικόν (instrumen-

---

11) Vgl. Hug, Einleitung in die Schriften des neuen Testamentes (Stuttgart 1847) 2 Bde., 4. Ausg. J. G. Eichhorn, Einleitung in's alte und in's neue Testament (Leipzig 1810 flg.) in 11 Theilen. De Wette, Lehrbuch der historisch-kritischen Einleitung in die Bibel, Th. I des alten Testamentes (5. Ausgabe, Berlin 1840). Th. II des neuen Testamentes (4. Ausgabe, Berlin 1842).

12) Möhler, die Einheit in der Kirche oder das Princip des Katholicismus (2. Ausg. Tübingen 1843). Marheinecke, über den wahren Sinn der Tradition im katholischen Lehrbegriffe, in den Studien von Daub und Creuzer Bd. IV, H. 2, S. 320 flg. J. L. Jacobi, die kirchl. Lehre von der Tradition und heiligen Schrift in ihrer Entwickelung dargestellt, Berlin 1847. 8.

tum evangelicum et apostolicum) oder auch zusammen als εὐαγγέλιον[13]). Bereits frühzeitig gab es aber auch unächte Schriften, welche als von den Aposteln herrührend verbreitet, von der Kirche aber zurückgewiesen wurden[14]). Diese sah sich genöthigt, das Verzeichniß der anerkannten Schriften für den kirchlichen Gebrauch festzustellen und es entstand der Kanon des neuen Testamentes[15]), welcher zu dem des alten hinzugefügt wurde[16]). Dieser Kanon blieb indessen nicht stets derselbe; doch erhielt der im can. 36 des Concils zu Hippo v. J. 393, wiederholt im can. 47 des dritten Carthagischen Concils von 397[17]), von Innocenz I. im J. 405[18]), von Gelasius um 496[19]) u. a. allgemeinere Anerkennung. Er ist auf dem Concil zu Florenz[20]) und durch das Tridentinische Concil Sess. IV. decretum de canonicis scripturis bestätigt. Obschon die evangelische Kirche denselben Kanon beibehielt, so nahm sie doch dazu eine von der römischen abweichende Stellung, indem sie freie Forschung über die Authentie gestattete[21]), während das Tridentinum des Anathema über den ausspricht, der diese Bücher nicht vollständig als heilige und kanonische annimmt, und zwar in veteri vulgata latina editione.

Man benutzte in der Kirche das alte Testament theils im Original, theils in der griechischen Septuaginta, sowie in anderen Uebersetzungen, insbesondre einer alten lateinischen (versio communis, vetus, Itala)[22]). Die Mangelhaftigkeit derselben veranlaßte den heiligen Hieronymus († 420) zu einer neuen Uebertragung, die er auch auf das neue Testament mit ausdehnte und welche bald die übrigen Versionen verdrängte. Allgemein gebraucht (versio vulgata) wurde sie vielfach corrumpirt

---

13) Vgl. die Belege bei De Wette a. a. O. I, §. 21. Verb. Gieseler, historisch-kritischer Versuch über die Entstehung und die frühesten Schicksale der schriftlichen Evangelien (Leipzig 1818) S. 142 flg., 179 flg.

14) Thilo, codex apocryphus novi testamenti, Lipsiae 1832. Tischendorf, evangelia apocrypha, Lipsiae 1853.

15) Kirchhofer, Quellensammlung zur Geschichte des neutestamentlichen Kanons bis auf Hieronymus, Zürich 1844.

16) De Wette I, §. 17 b., §. 25, wegen der Apokryphen. Bleek, über die Stellung der Apokryphen des alten Testamentes im christlichen Kanon, in den theologischen Studien und Kritiken, 1853, H. 2, Nr. 1.

17) S. Ballerinii, de antiquis canonum collectt. P. II. c. 3. §. 3. nr. 48. §. 8. nr. 6. (bei Gallandi, sylloge dissertationum etc. T. I. p. 347. sq. 370.)

18) Ad Exsuperium c. 7. (epistolae Pontificum Rom. ed. Coustant.-Schoenemann p. 545.)

19) S. oben Anm. 3 und den daselbst cit. Credner.

20) Epist. Eugenii IV. ad Armenos.

21) Dabei fehlt es nicht an differenter Auffassung der Lutheraner und Reformirten. Vgl. Nitzsch, praktische Theologie Bd. I (Bonn 1847) §. 75.

22) S. Münter, fragmenta versionis antiquae latinae antehieronymianae, Hafniae 1819. Evangelium Palatinum ineditum sive reliquiae textus Evangeliorum latini ante Hieronymum versi ex Codice Palatino purpureo quarti vel quinti post Chr. seculi nunc primum eruit atque edidit Constant. Tischendorf, Lipsiae 1847. 4.

und deshalb wiederholt revidirt. Nachdem das Tridentinum in der Sess. IV. im decretum de editione et usu librorum sacrorum die Vulgata für den authentischen Text erklärt hatte, der allein bei öffentlichen Vorlesungen, Disputationen, Predigten und Erörterungen gebraucht werden sollte, ergab sich die Nothwendigkeit einer neuen officiellen Ausgabe, welche Sixtus V. am 1. März 1589 sanctionirte.

Gregor XIV. ließ dieselbe aber einer nochmaligen Revision unterwerfen und hierauf folgte die neue Publication unter Clemens VIII. 1592[23]). Andere Uebersetzungen, besonders in die einzelnen Landessprachen, sind nur nach besonderer Approbation zulässig und nur als Erläuterung des alleinigen authentischen Textes der Vulgata zu betrachten[24]). Ihr Gebrauch für Nichtkleriker ist an die Genehmigung des Pfarrers oder Beichtvaters gebunden[25]). Die Auslegung der heiligen Schrift ist durch die Feststellung der Kirche bestimmt[26]).

Die evangelische Kirche hat keinen Text der heiligen Bücher für authentisch erklärt, am wenigsten eine Uebersetzung; sie weist stets auf das Original zurück und überläßt der Wissenschaft die Ermittelung des reinen Textes[27]). Für den Gebrauch der einzelnen Landeskirchen sind besondere Versionen veranstaltet, von denen in Teutschland vor allen Luther's Uebersetzung geschätzt wird und zwar nur um ihres inneren Werthes willen[28]). Der evangelischen Kirche ist die Verbreitung der heiligen Schrift unter dem Volke überaus wichtig, weil sie will, daß

---

23) Vgl. Leander van Eß, pragmatisch-kritische Geschichte der Vulgata, Tübingen 1824. Ios. Brunati, diss. de nomine, auctore, emendatoribus, et authentia Vulgatae, Viennae 1827. Welte, kirchliches Ansehen der sog. lateinischen Vulgata, in der (Tübinger) theologischen Quartalschrift 1845 H. 1, S. 55 flg., Rechtfertigung des kirchlichen Ansehens u. s. w. H. 3, S. 348 flg.

24) S. Regulae de libris prohibitis a Pio IV. comprobatae. Reg. III. (zum Conc. Trid. sess. XXV. decretum de indice librorum). Vgl. über das Lesen der Bibel in der Landessprache, in der Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie (Köln 1836) H. 18, S. 108 flg.

25) Regulae de libris prohib. cit. Reg. IV. Vgl. Hegelmaier, Geschichte des Bibelverbotes, Ulm 1783.

26) C. 1. X. de constitut. (I. 2.). Concil. Meldense a. 845. Conc. Trid. sess. IV. decr. de editione et usu sacrorum librorum. Sancta Mater Ecclesia, cuius est iudicare de vero sensu et interpretatione scripturarum sacrarum. Vgl. Ioh. Alzog, explicatio Catholicorum systematis de interpretatione sacrarum literarum, Monasterii 1835.

27) Vgl. Lücke, in den Göttinger gelehrten Anzeiger 1831 Nr. 67, 68. Lachmann, in den theologischen Studien und Kritiken von Ullmann und Umbreit, 1830, H. IV, S. 817 flg.

28) Georg Wilh. Hopf, Würdigung d. Luther'schen Bibelverteutschung, mit Rücksicht auf ältere und neuere Uebersetzungen, Nürnberg 1847. „Es ist ein eben so glänzendes Zeugniß für die Luther'sche Bibel, als für die geläuterte Erkenntniß, daß man von Versuchen neuer Uebersetzungen zu einer bloßen Berichtigung des Luther'schen Textes gekommen ist und das Zuthun des Neuen, Eigenen auf ein Minimum beschränken will" (Hopf, cit. S. 333). Derb. desselben Verf.: Ueber die Herstellung des ursprünglichen Textes der Luther'schen Bibelübersetzung, Nürnberg 1847.

jedes ihrer Mitglieder, indem es zur ursprünglichen Quelle der Wahrheit geführt wird, diese um so voller und freier in sich aufnehme. Die heilige Schrift ist aus sich selbst zu erklären[29]).

Wie in den bisher erwähnten Grundsätzen, so weichen beide Kirchen auch darin von einander ab, welche Autorität der heiligen Schrift als Quelle des Kirchenrechtes beizulegen sei. Was zunächst das alte Testament betrifft, so herrschte früher die Ansicht, daß dasselbe als positiv göttliches Recht angewendet werden müsse[30]). Sie ist jedoch später aufgegeben, indem man das Gesetz Mose's als den Zuchtmeister auf Christus (*παιδαγωγὸς εἰς Χριστόν*. Galater III, 24), durch diesen selbst für abrogirt erklärte; indessen sind doch manche, nicht blos die im neuen Testamente wiederholten und verstärkten sittlichen, Bestimmungen auch fernerhin für verbindlich gehalten und deshalb durch Gesetzgebung aufrecht erhalten, wie bei den Eheverboten (III. Mose's XVIII, XX). Der Grund fortdauernder Geltung liegt dann in einer solchen Sanction, nicht im mosaischen Gesetze an sich. Auch die römisch-katholische Kirche hält sich dadurch nicht für gebunden, denn ausdrücklich declarirt das tridentinische Concil sess. XXIV. can. 3. de sacramento matrimonii: Si quis dixerit, eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum, nec posse ecclesiam in nonnullis illorum dispensare, aut constituere, ut plures impediant et dirimant, anathema sit. —

Das alte Testament gilt als ein nationales Gesetz der Israeliten, das neue Testament verpflichtet dagegen die gesammte Christenheit durch sein Gebot der Liebe (*νόμος τοῦ Χριστοῦ*)[31]). Schon zeitig wurde aber das ganze Evangelium als ein dem mosaischen Gesetze nachgebildetes und an dessen Stelle getretenes, als nova lex in der katholischen Kirche aufgefaßt[32]), in den mannigfachsten Anwendungen durchgeführt und durch das tridentinische Concil befestigt: Si quis dixerit Christum Iesum a Deo hominibus datum fuisse ut redemtorem, cui fidant, non etiam ut legislatorem, cui obediant, anathema sit (sessio VI. can. 21. de iustificatione). Da nach der römisch-katholischen Lehre die Kirche oder der Pabst der Stellvertreter Christi auf Erden ist, so gehen von diesem Organe auch neue Gesetze aus, welche das evangelische Gesetz erläutern und fortführen. Demnach wird die ganze hierarchische

29) S. Schenkel, das Wesen des Protestantismus, Schaffhausen 1846 flg., 3 Bde.

30) Falck, juristische Encyclopädie Abschnitt II, §. 58 flg., von dem positiv göttlichen Rechte. Weber, systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes Bd. I, Abth. I (1. Ausg.) §. 6, S. 19 flg. L. D. Cramer, historia sententiarum de sacra librorum veteris testamenti auctoritate ad Christianos spectante, Lipsiae 1820.

31) S. Galater VI, 2, und dazu die Ausleger. Verb. daselbst V, 13 flg.

32) Vgl. Ritschl, die Entstehung der altkatholischen Kirche (Bonn 1850) S. 328 flg., „das Christenthum als neues Gesetz".

Verfassung und Verwaltung auf die nova lex der heiligen Schrift gegründet, die einzelnen kirchlichen Institute sind darnach Ausfluß der heiligen Schrift. So vor allen die Sacramente; denn nach dem tridentinischen Concil sess. VII. de sacramentis in genere can. 1—8 sind dieselben in der Siebenzahl als sacramenta novae legis von Christus selbst angeordnet u. s. w. — Dagegen negirt die evangelische Kirche, daß das Evangelium überhaupt mit seinem ganzen Inhalte als eine nova lex aufgefaßt werden könne, noch entschiedener aber verwirft sie die dogmatische Sanctionirung der kirchlichen Verfassung und Verwaltung im allgemeinen und zumal ihre Herleitung auf der Grundlage der heiligen Schrift im Sinne der römischen Kirche [33]).

Als eine beiden Kirchen gemeinsam, aber sehr verschieden gedeutete Quelle erscheint die Tradition. Mündliche Lehre, Tradition ist die ursprüngliche Quelle des Christenthums. Die römisch-katholische Kirche unterscheidet daher die heilige Schrift, als durch die Scriptur innerhalb der Kirche in ihrer Aechtheit erwiesene geschriebene Tradition (traditio scripta) [34]), und mündlich fortgepflanzte Tradition (traditio non scripta), deren Aechtheit aus ihrem Alter, ihrer allgemeinen Verbreitung und Uebereinstimmung (antiquitas, universitas, consensio) aus den apostolischen Vätern und Kirchenvätern zu erweisen ist [35]). So schon früh in der Kirche anerkannt, ist sie insbesondre durch das tridentinische Concil bestätigt (sess. IV. de canonicis scripturis et traditionibus). Dieses unterscheidet zuvörderst: sine scripto traditiones, quae ipsius Christi ore ab Apostolis acceptae, aut ab ipsis Apostolis, Spiritu Sancto dictante, quasi per manus traditae ad nos usque pervenerunt. Jene sind divinae und unterscheiden sich von der Schrift nur durch die fehlende ursprüngliche Scriptur, so daß sie auch die Kirche pari pietatis affectu ac reverentia suscipit et veneratur; diese sind apostolicae und daher untergeordnet (vgl. Briefe an die Römer VII, 2, 3. I. Cor. VII, 10, 12 u. a.), so daß von ihnen dispensirt werden kann [36]). Außerdem giebt es noch heilige Traditionen, deren Urheber nicht mehr bekannt sind, (traditio tacita et mystica, doctrina secreta) [37]),

---

33) S. Jacobson, über die Gründe der Verschiedenheit der lutherischen und reformirten Kirchenverfassung, insbesondre über ihren dogmatischen Charakter, in Schneider's teutscher Zeitschrift für christliche Wissenschaft 1852 Nr. 49 flg.

34) *Παράδοσις ἔγγραφος* heißt es von den evangelischen und apostolischen Schriften bei Gregor von Nyssa u. a. (Suicer, thesaurus s. v. *παράδοσις*). C. 2. pr. Can. I. qu. VII. (a. 787 ex septima synodo) traditio scripta — non scripta s. v.

35) Eusebius, hist. eccl. lib. III. c. 39 spricht schon von der *παράδοσις ἄγραφος* und nach ihm viele andere. Vincentius Lirinensis, commonitorium (a. 434) c. 2. sq. Id teneamus, quod ubique, quod semper, quod ab omnibus creditum est etc.

36) C. 4. X. de concessione praebendae (III. 8.). Conc. Trid. sess. XXI. c. 2. doctr. de communione sub utraque specie.

37) C. 5. dist. XI. (Basilius M. a. 375).

ferner traditiones ecclesiae universalis[38]), ecclesiae Romanae (S. Sedis Petri)[39]) und speciales[40]), welche in der ganzen Kirche oder in kleineren Kreisen hochzuhalten und nicht ohne Noth zu vernachlässigen sind.

Die evangelische Kirche verwirft nicht die Tradition überhaupt, sondern ihre Gleichstellung mit der heiligen Schrift, welche dadurch von einer außer ihr befindlichen Autorität abhängig wird. Die als ächt bezeugte Schrift ist für sich eine ausreichende Quelle, deren Selbstständigkeit nicht durch Traditionen beeinträchtigt werden darf, welche auf Zeugnisse gestützt werden, deren Lauterkeit keineswegs unbedingt behauptet werden kann. Schon zeitig ist mit dem Namen der Apostel und Kirchenväter großer Mißbrauch getrieben, und die Väter selbst überlieferten die ihnen bekannt gewordenen christlichen Lehren nicht rein, sondern mit den Grundsätzen ihrer Gnosis vermischt. Die Traditionen haben daher nicht an sich, sondern nur insofern und insoweit sie mit der verbürgten heiligen Schrift übereinstimmen, Anspruch auf Autorität. Unter solcher Beschränkung und Bedingung haben die Reformatoren und nach ihnen die Bekenntnißschriften, wie die ganze evangelische Kirche die Tradition anerkannt, aber nicht, wie die heilige Schrift, für unabänderlich erklärt[41]).

B. Das Corpus iuris canonici. Die in der Kirche zur Geltung gelangenden Kanones der heiligen Schrift, Tradition, Schriften der Kirchenväter, Concilienschlüsse, päbstliche Decretalen und die weltlichen Gesetze über kirchliche Gegenstände wurden theils gesondert, theils mit einander verbunden (sog. Nomocanones) in Sammlungen gebracht, aus welchen

I. Das Decret Gratian's als der erste Theil des Corpus iuris canonici, hervorging. Es ergiebt sich daher die Nothwendigkeit einer gedrängten Uebersicht der

a. Grundlagen des Decretes. Das Kirchenrecht erhielt seine erste Ausbildung im Orient. Hier entstanden auch die ersten Sammlungen der Kanones. Auf dem Concil zu Chalcedon im Jahre 451 wurde ein Codex gebraucht, aus welchem die Kanones von Nicäa von 325, von Antiochia 332 (341?) und Constantinopel 381 bei den Verhandlungen vorgelesen wurden, und zwar die beiden ersten unter Angabe von Nummern, aus denen erhellt, daß noch andere Schlüsse sich in der Handschrift befanden, wahrscheinlich die von Ancyra 314, Neucäsarea 314, Gangra um 365. Erst später kamen die von Laodicea

---

38) C. 8. dist. XI. C. 11. dist. XII. (Augustinus).
39) C. 11. dist. XI. (Innocent I. a. 416).
40) C. 9. X. de consuetud. (I. 4.) (Honor. III. a. 1221).
41) S. Augsburg. Confession Art. XV, XXVI. Apologie derselben Art. VIII. Schmalkald. Artikel Th. II, Art. 2. Gallikan. Confession Art. XXIV. Anglikan. Art. XXXIV u. a. Dodwell, dissertat. in Irenaeum diss. I. II. VI. Nitzsch, praktische Theologie Bd. I, S. 384, 387 u. a.

um 364, Ephesus 431 und Chalcedon selbst in die Sammlung. Die Meinung, daß alle hier erwähnten Synoden bereits zur Zeit des Concils von Calcedon einen in der Christenheit geltenden Codex (sog. Codex ecclesiae universae) gebildet hätten, beruht auf einer Hypothese von Christoph Justellus[42]), welche gründlich von den Ballerini und anderen widerlegt ist[43]). Zum Abschlusse kam das griechische Kirchenrecht durch das im Jahre 692 im Trullus, einem Saale des kaiserlichen Palastes zu Constantinopel gehaltene Concil (Conc. Trullanum), durch welches außer den genannten älteren und einigen späteren Kanones auch die sog. canones Apostolorum approbirt wurden[44]). Die verschiedene Bedeutung des Ausdruckes „apostolische Kanones" hat zu unrichtigen Auffassungen der Sammlung derselben geführt. Da nämlich apostolischer Kanon so viel heißt, als apostolische oder kirchliche Regel, mündliche und schriftliche Ueberlieferung, und in diesem Sinne schon frühzeitig apostoliche Kanones erwähnt werden, hat man die Sammlung selbst in's höchste Alterthum der Kirche setzen wollen und sie als Quelle der späteren Synoden, welche mit ihnen übereinstimmen, angesehen. Das Verhältniß ist aber gerade umgekehrt; sie sind aus den Synoden geflossen. Der Inhalt weist nämlich auf die allmälige Entstehung der einzelnen Kanones hin, welche im ersten Dritttheil des fünften Jahrhundertes zu einem ganzen vereinigt wurden und in einer doppelten Recension von 50 und 85 Kanones vorkommen, von denen die letztere im Orient, die erstere im Occident recipirt wurde. Die Bestätigung durch Justinian in Novelle VI veranlaßte Haloander, seiner Ausgabe der Novellen 1531 die Sammlung im Original mit einer lateinischen Uebersetzung hinzuzufügen, worauf sie späterhin gewöhnlich dem Corpus iuris civilis angehängt wurden[45]).

Die Verbindung der Kirche des Occidentes mit der des Orientes in den ersten Jahrhunderten gab zeitig Veranlassung, die wichtigeren Kanones des letzteren durch lateinische Uebersetzungen allgemein zugänglich zu machen. Da die einzelnen Landeskirchen des Occidentes selbstständig neben einander bestanden, konnten verschiedene Versionen gemacht und mit den eigenen Kanones verbunden werden, mithin verschiedene Samm-

---

42) Codex canonum ecclesiae universae ed. Chr. Iustellus, Paris 1610. Verb. Bibliotheca iuris canonici veteris, opera et studio Guil. Voelli et Henr. Iustelli (Paris 1661) 2. Tom. Fol. Diese und andere Materialien finden sich auch in dem *Συνοδικόν* sive Pandectae canonum S. S. Apostolorum et conciliorum ab ecclesia Graeca receptorum, rec. Beveregius, (Oxoniae 1672) 2. Tom. Fol.

43) S. die oben Anm. 17 cit. Abhandlung P. I. c. I. p. 243. sq. Verb. Spittler a. a. O. §. 23. Biener, de collectionibus cit. p. 9. 10.

44) Can. 2. Conc. Trull. bei Beveregius l. c. Tom. I. p. 158, im Decret can. 7. dist. XVI.

45) M. vgl. vorzüglich v. Drey, neue Untersuchungen über die Constitutionen und Kanones der Apostel (Tübingen 1832) S. 203 flg. Bickell, Geschichte a. a. O. S. 55, 71 flg., 197, 241 flg. Bunsen, Hippolytus und sein Zeitalter, Leipzig 1852, 1853.

lungen entstehen. Späterhin wurden dieselben aus einem Lande auf das andere übertragen und Gemeingut.

Außer der allgemeinen oben angeführten Literatur ist hier vorzüglich auf die Abhandlung der Brüder Petrus und Hieronymus Ballerini hinzuweisen: de antiquis tum editis tum in editiscollectionibus et collectoribus canonum, hinter dem dritten Bande der von ihnen besorgten Ausgabe der Werke Leo's I., Venedig 1757, und wiederholt mit einigen anderen Abhandlungen von Petrus de Marca (de veteribus collectionibus canonum). P. Coustant (de antiquis canonum collectionibus), Seb. Berardus (de variis sacrorum canonum collectionibus), in Gallandi, de vetustis canonum collectionibus dissertationum sylloge, Venetiis 1778. Fol. Mogunti 1790. 2. Tom. 4. Daran schließt sich als Fortsetzung: Augustin Theiner, disquisitiones criticae in praecipuas canonum et decretalium collectiones seu sylloges Gallandianae dissertationum ... continuatio, Romae 1836. 4. Auf andere Literatur ist weiterhin im einzelnen Bezug zu nehmen.

In Italien findet sich, neben dem lateinischen Original der Synode von Sardica 343, eine ältere Uebersetzung, welche nach der Mitte des 5. Jahrhundertes entstanden sein mag (sie enthält auch das Concil von Chalcedon 451) und welche nach einer nicht ganz sicheren Bezugnahme auf Dionysius Exiguus[46]) versio prisca (prisca canonum editio Latina) genannt zu werden pflegt[47]). Aelter ist eine andere Version, welche schon aus dem Ende des vierten Jahrhundertes in ihrer ursprünglichen Gestalt herrühren könnte und für deren Vaterland man bald Spanien, bald Italien hält[48]). Als Grundlage der späteren spanischen Sammlung heißt sie gewöhnlich Collectio Isidori (Hispana). Sie ist schon im fünften Jahrhunderte in Gallien benutzt[49]), und später in der Kirche Afrika's, namentlich in der breviatio canonum des Diaconus von Karthago Fulgentius Ferrandus (um 547)[50]). Bei weitem wichtiger sind die Collectionen des Dionysius Exiguus († um 536), Abtes in Rom[51]). Er bearbeitete

46) Ballerini l. c. p. 333. 726. not. 3. Eichhorn, Kirchenrecht I, 108 flg. Richter §. 66, Anm. 2.

47) Gedruckt in der bibliotheca iuris can. T. I. p. 275. sq., hinter der Ballerinischen Ausgabe der Werke Leo's I., Tom. III. p. 743. sq. Mansi, coll. concil. T. VI. p. 1105. sq.

48) S. Walter, Kirchenrecht §. 67. Richter §. 66. (Ballerini l. c. p. 327.) Bickell (über die Aechtheit des Laodicenischen Bibelkanons, in den theologischen Studien und Kritiken 1830 S. 603) ist nicht abgeneigt, sie nach Afrika zu verlegen.

49) Die von Quesnell und dann den Ballerini herausgegebene Sammlung hält Eichhorn a. a. O. S. 113, 144 für eine italische, wohl weniger annehmbar, als der gallische Ursprung. (Ballereni l. c. p. 400. sq. 725. sq. 783. sq.)

50) Ballerini l. c. P. IV. cap. 1. p. 571—578. Spittler a. a. O. §. 54.

51) Ballerini l. c. P. III. p. 471. sq. Spittler a. a. O. §. 34 flg.

zuerst einen Codex canonum ecclesiasticorum, enthaltend 50 Canones qui dicuntur Apostolorum, 165 von ihm übersetzte griechische Kanones, 27 Kanones von Chalcedon, 21 von Sardica, 138 afrikanische Kanones (Acten von 419). Dieser, zwischen 496 und 514 entstandenen Sammlung ließ er eine andere Collectio decretorum Pontificum Romanorum folgen, päbstliche Decretalen von Siricius (385) bis auf Anastasius II. († 498) enthaltend. Eine dritte auf Verlangen des römischen Bischofs Hormisdas (514—523) unternommene Sammlung der griechischen Kanones im Original mit gegenüberstehender Uebersetzung ist verloren gegangen[52]); dagegen wurden die beiden anderen bald allgemein gebraucht und beim Abschreiben ergänzt. Einen so vermehrten Codex schenkte Pabst Hadrian I. im Jahre 774 Karl dem Großen[53]), durch welchen derselbe zu allgemeiner Verbreitung im fränkischen Reiche gelangte. Außerdem brauchte man in demselben auch vornämlich die spanische, bedeutend ergänzte und vermehrte Sammlung[54]), wie aus mehreren Handschriften hervorgeht[55]). An diese schließt sich der große Betrug, welcher im neunten Jahrhunderte im fränkischen Reiche erfolgte, Pseudo-Isidor[56]), und auf alle späteren Sammlungen einen mehr oder minder bedeutenden Einfluß geübt hat. Hierher gehören auch die libri poenitentiales, Beicht- und Bußbücher[57]), welche für die Entwickelung der kirchlichen Disciplin entscheidend auf diesem Gebiete eine wichtige Quelle wurden.

Die älteren Collectionen bis zum neunten Jahrhunderte waren fast sämmtlich chronologisch geordnet. Das Bedürfniß rief seitdem auch

52) Die Vorrede ist erhalten (s. Biener, schediasma cit. p. 11.). Die beiden anderen Sammlungen sind in der bibliotheca iuris canon. und öfter herausgegeben.

53) Ballerini l. c. p. 485. sq. Spittler a. a. O. §. 43 flg. Vgl. Ioh. Christ. Rudolph, nova comm. de codice canonum, quem Hadrianus I. Carolo M. dono dedit. Erlang. 1777. 8.

54) M. vgl. über diese wichtige Sammlung, auf deren Geschichte es hier nicht ankommt, Ballerini l. c. P. III. c. 4. p. 500. sq. Spittler a. a. O. §. 56—58. Eichhorn, über die spanische Sammlung der Quellen des Kirchenrechtes, in den Abhandlungen der Academie der Wissenschaften zu Berlin, Jahrgang 1834 (Berlin 1836 4.) S. 89—142, und mit Nachträgen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XI, H. II, S. 119—209.

55) S. Ballerini l. c. p. 387. 388. (verb. Coustant. P. II. §. 2. (daselbst p. 68.)) 412. sq. 420. sq. u. a. Eichhorn a. a. O. S. 118, 119 (Abhandlungen der Academie).

56) Ballerini l. c. P. III. c. 6. p. 528. sq. Spittler a. a. O. S. 216 flg. Knust, de fontibus et consilio Pseudo-Isidorianae Collectionis, Gotting. 1832. 4. Wasserschleben, Beiträge z. Gesch. der falschen Decretalen, Breslau 1844. 8. Gfrörer, Untersuchungen über Alter, Ursprung, Zweck der Decretalen des falschen Isidorus, Freiburg 1848. Walter, Kirchenrecht §. 95—98. Richter §. 69, 70. Phillips a. a. O. Bd. IV, S. 61 flg.

57) M. s. darüber vor allen Hildebrand, Untersuchungen über die germanischen Pönitentialbücher, Würzburg 1851. Wasserschleben, die Bußordnungen der abendländischen Kirche, Halle 1851 (darin ein vollständiger Abdruck).

systematische Arbeiten hervor, welche in den nächsten drei Jahrhunderten in großer Anzahl der Geistlichkeit dargeboten wurden, von denen indessen nur folgende zu höherem Ansehen gelangten und auf das Decret unmittelbar oder mittelbar eingewirkt haben: die sog. collectio Anselmo dedicata (zwischen 883—897); die um 906 bearbeiteten: libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis des Regino, Abtes von Prüm bei Trier († 915)[58]; das decretum (magnum decretorum volumen in 20 Büchern) des Burchard, Bischofs von Worms (996—1025), entstanden zwischen 1012—1023[59]), welches ebenso, wie die darauf ruhende[60]) sog. Collectio duodecim partium, vor 1024 verfaßt, durch Mittheilung mancher den anderen fehlenden teutschen Synodalschlüsse besondere Beachtung verdient; die Sammlung des Anselm, Bischofs von Lucca († 1086), in 13 Büchern, wegen der Benutzung des römischen Archives wichtig[61]), ebenso wie die auf sie basirte Sammlung des Cardinales Deusdedit, welche dem Pabste Victor III. (1086—1087) dedicirt ist[62]); die Pannormia oder Pannomia des Ivo Carnotensis, Bischofs von Chartres († 1115 oder 1117), in 8 Büchern, für welche eine andere Sammlung desselben: decretum, in 17 Büchern, als Materialiensammlung gedient haben dürfte[63]); die sog. collectio trium partium, mit Decretalen bis auf Urban II. († 1099), Concilienschlüssen, besonders auch den späteren griechischen, und anderen gemischten Materialien[64]); die sog. collectio Tarraconensis (aus dem Kloster Populeti in der Diöcese Tarracona), die sog. collectio Caesaraugustana (aus Saragossa), mit Decretalen bis resp. Gregor VII. († 1085) und Urban II. († 1099)[65]); der sog Polycarpus des Gregorius Cardinal-Presbyter, mit Be-

---

58) Oefter herausgegeben, am besten von Wasserschleben, Leipzig 1840.

59) Ed. pr. Coeln 1548 Fol. und öfter.

60) Richter, Kirchenrecht §. 72, Anm. 12. Phillips a. a. O. IV, S. 128. Die Sammlung ist noch nicht gedruckt.

61) Die Sammlung ist ungedruckt, die Ueberschriften der Capitel sind in Angelo Mai, spicilegium Romanum (Rom. 1842) Tom. VI. p. 316. sq. mitgetheilt.

62) Franc. Ant. Zaccaria, de coll. Cardin. Deusdedit, bei Gallandi l. c. II. 743—763. Auch diese Sammlung ist in ihrer Integrität noch nicht gedruckt.

63) Beide Sammlungen sind öfter herausgegeben, ihr Verhältniß aber bestritten. Theiner, über Ivo's vermeintliches Decret, Mainz 1832 und in den oben cit. disquisitiones criticae p. 141. sq. hält Ivo nicht für den Verfasser.

64) Diese, von Gratian stark benutzte Sammlung hält Theiner (a. a. O. S. 17 flg. disquisitiones diss. III.) für die Quelle Ivo's; das Umgekehrte nimmt Wasserschleben (Beiträge S. 47 flg.) an, und nicht ohne guten Grund. Richter a. a. O. §. 72, Nr. 9.

65) Beide wichtig für die Correctur des Corpus iuris canonici. (S. Ballerini l. c. cap. 18. §. 10, 11. pag. 673.)

nutzung des römischen Archives, nach 1124[66]); Algerus von Lüttich († vor 1128) de misericordia et iustitia, über die kirchliche Disciplin[67]).

Ueber alle diese Sammlungen vergleiche man außer der schon citirten Literatur noch vornämlich v. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. II, S. 286 flg. Bd. VII, S. 71 flg. der zweiten Ausgabe.

b) Das Decret Gratian's selbst. Darüber ist vorzüglich zu vergleichen (Sarti) de claris archigymnasii Bononiensis professoribus, Tom. I. P. I. (Bonon. 1769. Fol.) pag. 259—281. Dadurch werden insbesondre die Irrthümer widerlegt, welche auf Grund des von Alex. Macchiavelli in Bologna fabricirten Calendarium archigymnasii Bononiensis vielfach in Teutschland verbreitet wurden, wie namentlich in I. H. Böhmer, diss. de varia Decreti Gratiani fortuna, Halae 1743 (vor dem ersten Bande seiner Ausgabe des Corpus iuris canonici). Die äußerste Unwahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Mittheilungen Macchiavelli's hatte, ohne von Sarti zu wissen, auch Spittler dargethan, in den Beiträgen zur Geschichte Gratian's und seines Decretes, in (Abele's) Magazin für Kirchenrecht und Kirchengeschichte, St. I, Leipzig 1778. (Vgl. auch v. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. III, S. 11—13). P. I. Riegger, de decreto Gratiani, Vindob. 1760 und in Schmidt, thesaurus iuris eccl. Tom. I. Glück, praecognita iurisprudentiae eccl. §. 24—31. 96. 122. sq. Phillips, Kirchenrecht Bd. IV, S. 137 flg. und andere daselbst citirte Literatur.

Die Masse des nach und nach aufgehäuften kirchenrechtlichen Stoffes, die Zerstreuung desselben in so vielen neben einander gebrauchten Sammlungen, die Zweifel über das wirklich geltende Recht bei den Widersprüchen unter den Kanones und Decretalen machten das Bedürfniß einer einzigen die Einheit herstellenden Sammlung sehr fühlbar. Der Bearbeitung einer solchen unterzog sich Gratian, Mönch[68]) im Kloster St. Felix zu Bologna, und vollendete sie um 1150[69]). Der

---

66) Ballerini cap. 17. cit. p. 666. sq. Theiner, disquisitiones V. c. 5. §. 2. p. 341. sq.

67) Von Gratian für die Pars II. besonders benutzt. S. Richter, Beiträge zur Kenntniß der Quellen des kanonischen Rechtes, Leipzig 1834 Nr. I.

68) Ob er Benedictiner oder Camaldolensermönch war, ist nicht sicher festzustellen. (Vgl. Sarti l. c. p. 261. Riegger, diss. de decreto Gratiani §. 6. 7.)

69) Die Appellationsformel in §. 1 zum c. 31. Cau. II. qu. 6. mit dem Jahre 1141 (nach anderen 1155, 1161 daselbst) beweist nichts. (v. Savigny, Geschichte des röm. Rechtes Bd. IV, S. 146 flg., verb. 141, 142). Oefter wird das Jahr 1151 genannt, wie in der Chronik des Johannes von Thielrode, Mönchs zu St. Bavo (Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte Bd. I, (Tübingen 1835) S. 49, in einem Codex Vaticanus u. a. (admonitio Correctorum Rom., s. I. H. Böhmer, corp. iur. can. T. I. p. 51.)

Hauptzweck der Arbeit war Vereinigung der einander widersprechenden kirchlichen Normen und deshalb gab man derselben bald den Namen: Concordantia discordantium canonum[70]), die noch jetzt übliche Bezeichnung aber ist schon früh liber decretorum, decreta, decretum[71]), ein Ausdruck, der damals den Gegensatz von lex bildete, auch schon für Ivo's Werk (s. oben) gebraucht war. Den Stoff nahm Gratian aus den bisher üblichen Sammlungen[72]), wozu er noch die aus seiner Zeit herrührenden Decretalen Innocenz II. († 1143) fügte. Mit strenger Kritik verfuhr er dabei nicht immer, desto mehr aber war er bemüht, ein ordentliches System herzustellen. Er schrieb daher einen selbstständigen gedrängten Text (dicta, partes Gratiani), in der damals üblichen scholastischen Methode, und erläuterte denselben durch die Kanones[73]). Diese behandelte er so, wie es ihm zweckmäßig schien, indem er sie bald zerlegte, bald verschiedene mit einander verband[74]).

Das Decrect zerfällt[75]) in drei Theile (Partes). Der erste besteht aus 101 Abschnitten (distinctiones) und behandelt 1) die Rechtsquellen überhaupt, insbesondre die kanonischen (dist. I—XX); 2) die kirchlichen Personen, deren Voraussetzungen, Rechte, Pflichten, Weihe, Antheil an der Verwaltung (dist. XXI bis Ende), von Gratian selbst öfter als tractatus ordinandorum bezeichnet[76]). Der zweite Theil wird in 36 Causae (Rechtsfälle) zerlegt, über welche die sich darbietenden Quaestiones (Rechtsfragen) aufgeworfen werden, deren Beantwortung durch einzelne Kanones erfolgt. Der Gegenstand dieses Theiles ist die Ausübung der Kirchengewalt, insbesondre der geistlichen Gerichtsbarkeit, von Caus. 27 ab in der Anwendung auf Ehesachen (tractatus coniugii von Gratian selbst genannt)[77]). Nach der Caus. XXXIII. qu. II. wird von der Buße (trac-

---

70) Glück, praecognita §. 24. not. 5. §. 27. not. 20. v. Savigny a. a. O. Bd. III, S. 515. S. c. 20. X. de electione (I. 6.) Innoc. III. (in parte decisa).

71) Riegger, diss. cit. §. XV. v. Savigny a. a. O. Bd. IV, S. 82, 228, 256 u. a.

72) Vgl. die Uebersicht bei Theiner, disquisitiones cit. Appendix II. pag. 41. sq. Wegen der falschen Stücke insbesondre Lit. bei Riegger §. 82. Ueber andere außerdem benutzte historische und sonstige Hilfsmittel s. m. bes. Berardi, Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, Venet. 1783.

73) Man hat Petrus Lombardus und Petrus Comestor für Brüder Gratian's erklärt (s. Riegger l. c. §. VIII. X. not. d.). Hurter (Geschichte Innocenz III. Bd. I, S. 27, Anm. 177) wirft die richtige Frage auf: Könnte nicht die Sage von dieser dreifachen Brüderschaft eine Allegorie auf die Verwandtschaft ihrer Werke in systematischer Hinsicht und auf ihr Verdienst um die Kirche sein?

74) M. s. z. B. die Notiz der Correctores Romani zu c. 3. dist. XII.

75) Glück l. c. S. 280 flg. Eichhorn, Kirchenrecht I, S. 331 flg. Phillips a. a. O. S. 152 flg.

76) Phillips a. a. O. S. 158, Anm. 25.

77) Dictum Grat. post. c. 20. dist. IV. C. 4. Cau. 30. qu. III.

tatus de poenitentia) als Aufhebungsmittel der Strafe besonders gesprochen und dieser Abschnitt in 7 distinctiones zerlegt[78]). Der dritte Theil umfaßt die Religionshandlungen, insbesondre die Sacramente und das Liturgische dabei. Er ist in 5 distinctiones getheilt und heißt nach dem Anfange de consecratione.

Hiernach erklärt sich die Citirweise, welche bis zum 16. Jahrhundert, da die einzelnen Kanones erst seitdem mit Zahlen versehen wurden, nach den Anfangsworten, seitdem auf die eine oder andere Weise erfolgten. Also z. B. für Pars I. can. Omnes leges. 1 dist. I.; für Pars II. can. Gratia si non. 1. Cau. I.; qu. I. can. Petrus doluit. 1. de poenit. dist. I.; für Pars III. can. Consecrationem. 1. dist. I. de consecr.

Das Decret fand alsbald vielen Beifall und verdrängte die älteren Collectionen. Der Grund davon liegt nicht in der angeblichen, auf das macchiavelli'sche Calendarium archigymnasii Bononiensis gegründeten, Bestätigung des Pabstes Eugenius III., sondern in seinem eigenen Werthe und in dem Einflusse, den die Doctrin übte: denn Gratian selbst hielt darüber Vorträge und begründete eine eigene Kanonistenschule, welche nicht minder als die der Legisten für die Praxis eine bestimmte Autorität wurde. Nach der für Behandlung des Civilrechtes hergebrachten Weise wurde auch das Decret glossirt und mit ausführlichen Commentaren versehen[79]). Den so mit der Zeit entstandenen Vorrath der Glossen verarbeitete Iohannes Semeca aus Teutschland (Teutonicus), ein Schüler des Azo († 1220), welcher nach 1240 als Propst in Halberstadt starb, zu einem Apparat, den man als glossa ordinaria benutzte, bis die von Bartolomaeus de Brescia (Brixiensis) († 1258) erfolgte Revision und Ergänzung der Arbeit des Johannes allgemein als glossa ordinaria recipirt wurde. Die Interpreten des Decretes behandelten den Text mit einer gewissen Willkür und trugen verschiedene von Gratian übergangene Kanones nach. Zuerst geschah dies von Paucapalea, einem Schüler Gratian's, und daher gab man wohl solchen Nachträgen den Namen Paleae, der bald um so passender erscheinen mußte, als man diese Stellen nicht glossirte und sie gegenüber den goldenen Körnern Gratian's (grana Gratiani) als werthlose Spreu (palea) betrachtete[80]).

Obschon das Ansehen des Decretes in der Praxis später sinken mußte (s. unten), so blieb es doch fortwährend ein Gegenstand eifriger

78) Diese Zertheilung in Distinctionen ist erst später erfolgt (s. Corr. Rom. zur dist. I.). Dagegen ist mit Unrecht behauptet, es sei die ganze qu. III. erst ein späterer Nachtrag (s. Huguccio bei Sarti l. c. p. 278. Glück l. c. p. 283, 284).

79) Ueber die einzelnen Arbeiten s. m. Sarti, v. Savigny a. a. O. Phillips a. a. O. S. 162 flg.

80) Bickell, disquis. historico-crit. de paleis, quae in Gratiani decreto inveniuntur, Marburg 1827. 4. Verb. mit Wiener's Recension in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. IV, H. III, S. 399 flg.

wissenschaftlicher Bearbeitung. Es genüge hier der Hinweis auf: Anton. Augustinus, de emendatione Gratiani libri II. Tarracon 1587 und öfter, zuletzt bei Gallandi l. c. Tom. II. p. 185—613. Berardus, Gratiani canones genuini ab aprocryphis discreti, Turin 1752. Venet. 1783. 4. Tom. 4. Io. Dartis, commentarii in universum Gratiani decretum, in desselben Opera canon. Paris 1656. Fol. Van Espen, brevis comment. in Gratiani decr. in seinen Werken (ed. Colon. 1777.) Tom. III. und öfter. Ueber die Ausgaben s. m. unten.

II. Die Decretalensammlungen. I. H. Böhmer, de decretalium Pontificum Romanorum variis collectionibus et fortuna, vor dem zweiten Bande seiner Ausgabe des Corpus iuris canonici. Aug. Theiner, comm. de Romanorum Pontificum epistolarum decretalium antiquis collectionibus, Lipsiae 1829. 4. wiederholt in den oben cit. disquisitiones criticae, diss. I. Desselben: Recherches sur plusieurs collections inédites des décrétales du moyen âge, Paris 1832. 8., und in lateinischer Uebersetzung in den disquisitiones diss. II.

a) Die Vorgregorianischen Collectionen. Seit dem elften Jahrhunderte war die Hauptquelle des Kirchenrechtes die päbstliche Gesetzgebung geworden. Gratian hatte dieselbe bis auf Innocenz II. († 1143) berücksichtigt; die nachher erscheinenden Decretalen sowie ältere von Gratian übergangene (epistolae decretales, quae extra decretum vagabantur, oder kurz extravagantes, extra) waren bald in so großer Menge vorhanden[81]), daß das Bedürfniß zu eigenen Sammlungen derselben führte. Von diesen erlangten fünf, und zwar zwei davon wegen der öffentlichen Autorität, unter welcher sie erschienen, allgemeines Ansehen in der Wissenschaft und Praxis, daher sie auch gewöhnlich als die quinque collectiones oder compilationes bezeichnet wurden[82]) und die Grundlage einer neuen officiellen Sammlung bildeten. Es sind diese 1) das breviarium seu capitula extravagantium des Bernardus Papiensis († 1213 als Bischof von Pavia), ausgearbeitet vor 1191, als er noch Propst war. Er benutzte für die Arbeit das Decret nebst den anderen älteren Sammlungen, sowie insbesondre drei nach Gratian entstandene Collectionen, nämlich die sog. Appendix ad Concil. Lateranense III[83]), eine antiqua compilatio (Lipsiensis)[84]), einen Codex Cassellanus[85]). Die Materialien

81) Eine gute Uebersicht derselben bis auf Innocenz III. erhält man durch Phil. Iaffé in den Regesta Pontificum Romanorum ab condita ecclesia ad a. 1198, Berol. 1851. 4.

82) S. Tancredus Praefatio zur Compil. III. (die betreffende Stelle bei Sarti l. c. p. 257. Anm.).

83) Dieselbe ist öfter gedruckt (vgl. Theiner, diss. I. not. 29. recherches p. 19.), unter anderen bei Mansi, Collectio Conciliorum Tom. XXII, 248. sq.

84) Codex MS. in Leipzig Nr. 975. Vgl. Richter, comm. de inedita decretalium collectione Lipsiensi, Lipsiae 1836. 8.

85) Gedruckt hinter I. H. Böhmer, Corpus iuris can. Tom. II. App. II. p. 183. sq. (Böhmer giebt der Sammlung den unpassenden Titel: Decretales

theilte er in 5 Bücher, nach einer seitdem festgehaltenen Ordnung, von der er selbst im Prooemium sagt: Dividitur opus in quinque libros, in quorum primo tractatur de constitutionibus ecclesiasticis, de ordine et officio clericorum et de praeparatoriis iudiciorum; in secundo de iudiciis et processu iudiciorum; in tertio de vita clericorum et rebus eorundem, de statu monachorum et rebus eorum; in quarto de sponsalibus et matrimonio et impedimentis eorum; in quinto de criminibus et poenis. Man faßte dies später in den Vers zusammen: Iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimen. Bernard hat sich das System des Codex zum Muster genommen, befolgt aber für das fünfte Buch die Ordnung des Dekalogs und schließt, wie die Pandekten, mit den Titeln de verborum significatione und de regulis iuris. Diese Arbeit wurde als die compilatio prima (liber primus, volumen primum) aufgenommen und bald, nachdem Bernard selbst darüber eine summa (kurze systematische Zusammenstellung des Inhaltes nach der Titelfolge) geliefert hatte, der Gegenstand mannigfacher anderer Arbeiten, Glossen, Summen u. s. w. [86]). 2) Die Compilatio III des Petrus Collivacinus aus Benevent, Notars Innocenz III., dessen Decretalen aus den zehn ersten und eine aus dem elften Regierungsjahre dieses Pabstes (1198 flg.) enthaltend. Dieselben sind theils aus dem päbstlichen Archive entlehnt, theils aus der Sammlung des Rainerius, Mönchs und Diaconus zu Pomposi, mit Decretalen aus den drei ersten Jahren von Innocenz [87]), und der compilatio Romana des Bernardus antiquus, Archidiaconus zu Compostella, mit Decretalen aus den zehn ersten Jahren [88]). Die letztere enthielt aber solche, welche die römische Curie nicht als ächt anerkannte; auch waren sonst Zweifel über die Anwendbarkeit einzelner päbstlicher Erlasse laut geworden [89]). Deshalb ließ Innocenz eine authentische Sammlung durch Petrus anlegen, welche als compilatio tertia recipirt wurde [90]).

Alex. III. in Conc. Lateran. III. a. 1179. editae, da außer den 12 ersten Kanones dieses Concils sich darin Decretalen von Eugenius III. († 1153) bis Urban III. († 1187) befinden).

86) Außer dem Abdrucke in den Gesammtausgaben (s. unten) ist hier eine leider unvollendete Ausgabe der Sammlung anzuführen: Bernardi, Praepositi Pap. breviarium extravag. cum Gregorii decretalium collectione ad harmoniam revocatum edid. I. A. Riegger, Friburg. 1779. 4. P. I. Ueber die Compil. I. überhaupt s. m. außer Theiner a. a. O., Phillips a. a. O. S. 207 flg.

87) Gedruckt in der Baluze'schen Ausgabe der Briefe Innocenz III., Paris 1682 Fol. Tom. I. p. 543—606.

88) Vgl. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses (Leipzig 1827) S. 38 flg., S. 43, Anm. 10. Theiner, diss. cit. p. 15. (disquisit. p. 20.), recherches cit. p. 48. sq. (disquisit. p. 129. sq.). Die Sammlung findet sich handschriftlich in Basel und London.

89) S. c. 8. X, de fide instrumentorum (II. 22.). Innoc. III. in Angliam. S. I. H. Böhmer zu dieser Stelle und Theiner, diss. p. 25. not. 2.

90) Sie ist nebst den anderen gedruckt (s. unten); das Empfehlungsschreiben des Pabstes nach Bologna auch bei Theiner, diss. p. 16. 17.

3) Erst später erschien die Compilatio secunda des Iohannes Gallensis (Wallensis, aus Wales in England), nach 1210, zur Ergänzung der beiden anderen Sammlungen mit Decretalen von Alexander III. (1159—1181) bis Cölestin III. († 1198)[91]. Die Grundlage bildet eine Sammlung von Gilbertus von 1208 und eine andere von Alanus, vielleicht nur ein Nachtrag derselben[92]. Die Arbeit des Johannes wurde als liber secundus glossirt[93].

4) Einige in der Compilatio III. übergangene und die späteren Decretalen Innocenz III. seit 1210, sowie die Schlüsse des Laterans=concils von 1215 stellte ein Unbekannter in der hergebrachten Ordnung zusammen. Diese Arbeit wurde als Compilatio quarta recipirt und glossirt[94]. Darauf folgte die von Honorius III. veranlaßte.

5) Compilatio quinta, mit den Decretalen desselben und Constitutionen Kaiser Friedrich's II., welche dieser auf den Rath des Pabstes 1220 nach Bologna zur Aufnahme in den Lehrcursus gesendet hatte. Ein gleiches geschah 1226 mit dieser Collection, welche nun auch glossirt wurde[95].

In den Handschriften finden sich gewöhnlich nur die drei ersten, selten alle fünf Compilationen; gedruckt sind die vier ersten zusammen Ilerdae 1576 (Tres antiquae collectiones decretalium cum notis Ant. Augustini ad primam. Accedit quarta collectio decr. cum scholiis Ioh. Teutonici), wiederholt 1583. Dann folgte eine Ausgabe von Labbé, Paris 1609 und 1621 (Antiquae collectiones decretalium cum Ant. Augustini et Iac. Cuiacii notis et emendat.); auch finden sie sich in der Ausgabe der Werke des Ant. Augustinus von I. Rocchius, Lucca 1769. Fol. Tom. IV. Die Compilatio quinta ist herausgegeben von Innoc. Cironius. Tolosae 1645. Fol. und von I. A. Riegger, Vindob. 1761. 4.

b) Die Decretalen Gregor's IX.[96]. Der Gebrauch der fünf recipirten Compilationen in den Rechtsschulen, wie in den Gerichten war mit vielen Schwierigkeiten verbunden. Aber abgesehen davon, daß die gleichzeitige Benutzung mehrerer Sammlungen unbequem war,

---

91) Es finden sich aber auch einige Decretalen Innocenz III. unter dem Namen anderer Päbste. Theiner, diss. p. 18. not. 22. recherches p. 37. 38.

92) Theiner, diss. p. 23. recherches p. 32. sq. p. 44. Eine Handschrift zu Brüssel scheint Gilbertus zu enthalten, während Alanus noch nicht aufgefunden ist.

93) Sie ist öfter herausgegeben (s. unten).

94) Theiner, dissert. p. 28. recherches p. 58.

95) I. A. Riegger, de collectione decretalium Honorii III., in den Opuscula ad historiam et iurisprud. praecipue ecclesiasticam pertinentia nr. IX. p. 221. sq. Theiner, dissert. p. 20. sq.

96) M. vgl. darüber Douiat, praenotiones cit. lib. IV. cap. 17—24. I. H. Böhmer, diss. cit. § 15. (vor dem Corpus iuris can. T. II. p. 27. sq.) Glück, praecognita §. 33—40. p. 48. sq. Theiner, dissert. cit. p. 25. sq. Phillips, Kirchenrecht a. a. O. S. 252—345.

so hielt man diese nicht einmal für ausreichend, sondern berief sich auch auf Decretalen, welche in keiner derselben standen. Daher erhoben sich Zweifel über die Aechtheit einzelner päbstlicher Constitutionen. Auf der anderen Seite war eine zu große Zahl von Entscheidungen über dieselbe Rechtsfrage in den fünf Collectionen vorhanden und dabei fehlte es nicht an Widersprüchen unter diesen selbst. Daher entschloß sich der Nachfolger Honorius III., Gregor IX. (1227—1241)[97], diesen Gebrechen durch eine einzige Sammlung abzuhelfen und beauftragte damit den gefeierten Dominicaner Raymund v. Pennaforte[98], welcher früher selbst in Bologna Vorträge über kanonisches Recht gehalten hatte und vom Pabste zu seinem Capellan und Pönitentiar bestellt war. Raymund sollte die fünf Sammlungen der Arbeit zum Grunde legen, außerdem aber auch andere ältere Decretalen und die Gregor's IX. selbst damit verbinden. Er sollte von den Constitutionen, welche über denselben Gegenstand eine Entscheidung enthielten, nur so viele als nöthig seien, aufnehmen, und nur nach dem Hauptinhalte, das zur Rechtsfrage nicht gehörige Material fortlassen (partes decisae) und Controversen aufzuheben suchen. Die Ausführung erfolgte von 1230—1233. Das System des Bernard von Pavia wurde im ganzen festgehalten und nur in der Aufeinanderfolge von Titeln sowie durch Zufügung neuer Rubriken davon abgewichen. Die einzelnen Decretalen sind im allgemeinen chronologisch geordnet, nach der Reihe aus den fünf Compilationen genommen. Außer diesen sind noch 9 Extravaganten und 195 Erlasse Gregor's IX. recipirt[99]. Es beginnt das erste Buch mit dem Titel: de summa trinitate et fide catholica; dann folgen die Grundsätze über die Rechtsquellen (tit. 2—4); über das bischöfliche Amt, dessen Gerechtsame, die Pontificalien, insbesondre die Ordination (tit. 5—22), die unteren kirchlichen Beamten (tit. 23—30). Hieran schließt sich die Auseinandersetzung der Materien, welche als Einleitung zum Processe zu betrachten sind (tit. 31—43). Das gerichtliche Verfahren selbst bildet das zweite Buch in 30 Titeln. Das dritte Buch geht von der Disciplin der Geistlichen und von den Beneficien aus (tit. 1—12); darauf folgen die Vorschriften über Kirchensachen, Verträge über dieselben, Eigenthum der Geistlichen und deren Verfügung über das Erworbene, sowie ihre Beerbung (tit. 13—27).

---

97) Daß der Pabst (vor seiner Erhebung hieß er Hugulino) zu Bologna früher docirt habe, ist eine Nachricht, welche dem erdichteten Calendarium archigymn. Bononiensis von Böhmer (a. a. O. not. 97. Corpus iuris cit. p. 28.) entlehnt ist.

98) Ueber ihn s. m. Phillips a. a. O. S. 257 flg. Er war geboren um's Jahr 1180, wurde über 90 Jahr alt und ist im Jahre 1601 von Clemens VIII. unter die Heiligen versetzt.

99) Phillips a. a. O. S. 288, Anm. 28, 29. Eine vergleichende Uebersicht in der Anordnung der Capitel in der Sammlung Gregor's und in den fünf Compilationen giebt derselbe a. a. O. S. 304—314, verb. S. 283.

Die Bestimmungen über Begräbnisse (tit. 28) geben Gelegenheit von der Parochialverbindung (29) und den Pfarrabgaben (Zehnten u. s. w. 30) zu sprechen. Hieran schließen sich die Grundsätze über die Regularen (tit. 31—37), Patronatrecht (tit. 38), Kirchenzinsen u. a. (tit. 39), die Consecration der Kirchen, den heiligen Handlungen in denselben, den Kirchenbau, die kirchliche Immunität (tit. 40—49). Es schließt das dritte Buch gewissermaßen mit der Rückkehr in den Anfang desselben (tit. 50), daß Cleriker und Regularen sich nicht dem weltlichen Verkehre ergeben sollen. Das vierte Buch behandelt das Eherecht, das fünfte die kirchlichen Verbrechen. Den Schluß des Ganzen bilden die Titel de verborum significatione (tit. 40) und de regulis iuris (tit. 41)[100].

Sowie Raymund in der Hauptsache hierbei die alte Ordnung nicht verließ, so behielt er auch meistens den Text der Decretalen selbst in der hergebrachten Weise der Abkürzung und der Zerstückelung der einzelnen Stellen[101]). Dabei findet sich bisweilen in dem Nachfolgenden eine Beziehung auf Früheres, das fortgelassen ist[102]) und viele ältere Fehler und Irrthümer kehren wieder. Die Vorwürfe, welche Raymund deshalb gemacht sind, treffen ihn also nicht allein und sind überdies zu hart[103]). Der Pabst übersendete in üblicher Weise die Sammlung 1234[104]) nach Bologna, Paris und weiter, und hier kam sie unter dem Namen Compilatio oder liber decretalium novarum Gregorii IX. oder Decretales überhaupt in den Lehrcursus und in die Praxis. Da Gregor wie ein Gesetzgeber bei der Revision und Publication verfuhr[105]), so blieb der Name: Decretalen Gregor's IX. zuletzt der gewöhnliche und die Sammlung wurde der zweite Theil des Corpus iuris canonici. Die fünf alten Compilationen wurden nun verdrängt, ihre Vergleichung blieb aber für die neue Sammlung unentbehrlich. Aus ihnen konnte man auch bei der Commentation der neuen Sammlung die älteren Glossen benutzen; doch entstanden bald eigene selbstständigere Arbeiten, namentlich des Vincentius Hispanus († c. 1240), Goffredus de Trano († 1245) u. a. Einen großen Apparat lieferte Sinibald Fliscus (der nachmalige Pabst

100) Eine vergleichende Uebersicht der Titel der fünf alten Compilationen unter einander und mit denen der gregorianischen Sammlung bei Phillips a. a. O. S. 236—251.

101) So ist z. B. die Decretale Pastoralis officii von Innocenz III. vom Jahre 1203 in 13 Stücke zerlegt und unter eben so viel verschiedene Titel gebracht (vgl. Phillips a. a. O. S. 296—298).

102) M. s. z. B. c. un. X. ut benef. eccles. sine deminutione conferantur III. 12. Vgl. c. un. Compil. III. eod. III. 10.

103) So ist es mit dem Tadel von Io. Chr. Wilh. Steck, comm. de interpulationibus Raymundi de Penna Forti, Decretalium compilatoris, Lipsiae 1754.

104) Da keine Decretalen nachgetragen wurden, sind die späteren Jahrzahlen in der Ausgabe von I. H. Böhmer nicht richtig.

105) Phillips a. a. O. S. 285, 286.

Innocenz IV. † 1254). Die glossa ordinaria stellte Bernardus de Botone (Parmensis) († 1266) zusammen; doch blieben auch nachher die Decretalen nicht ohne fortwährende wissenschaftliche und practische Bearbeitung. Vor allen sind zu erwähnen der öfter herausgegebene Commentar des Henricus de Segusia, Cardinalbischof von Ostia (daher gewöhnlich Hostiensis citirt) († 1271)[106], die Novella des Ioh. Andreae († 1348), die Lectura des Baldus († 1400) u. a. m.[107]). Von den späteren Kanonisten sind besonders hervorzuheben: Iacob Cuiacius († 1590) recitationes ad decretalium lib. II. III. IV. Lugdun. 1606. 4. und in seinen gesammelten Werken; Ianus a Costa († 1637) summaria et commentaria in Decretales Gregorii IX. ed. nov. Neap. et Lips. 1778. 2. Voll. 4.; Innoc. Cironius († 1690) Paratitla in V libros Decretal. Gregorii IX. edidit. I. A. Riegger, Vindob. 1784. 4. Anton. Dadin. ab Alteserra († 1682) Innocent. III. seu commentarius perpetuus in singulas Decretales huius Pontificis quae per libros V Decretalium sparsae sunt. Paris 1666. Fol. Eman. Gonzalez Tellez († 1649) comment. ad Decretalium V libros (oft herausgegeben).

Die Citirart der Decretalen erklärt sich aus der früheren Bezeichnungsweise der alten Compilationen. Man allegirte die Rubrik des Titels, die Anfangsworte des Capitels und fügte das Wort Extra (X) hinzu, oder ließ das letztere fort, da man die übrigen Compilationen mit dem Zusatze der Zahl (Comp. I. II. u. s. w.) bezeichnete und so der Unterschied feststand. Also z. B. Extra de summa trinitate. Cap. Firmiter credimus (I. 1.). Später, und auch jetzt gewöhnlich, wird statt der Anfangsworte die Zahl des Capitels angegeben, oder auch beides zusammen gebraucht, z. B. c. 1. X. de summa trinit. (I. 1).

In dem Publicationsrescript erklärt Gregor IX.: Volentes, ut hac tantum compilatione universi utantur in iudiciis et in scholis, districtius prohibemus, ne quis praesumat aliam facere absque auctoritate sedis apostolicae. Die späteren Decretalen mußten daher sofort officiell gesammelt werden, wenn sie als Sammlung Autorität erlangen sollten, und dies geschah auch bald mehrfach.

c) Der Liber sextus[108]). Um den Bedenken, welche über die Aechtheit späterer Extravaganten entstehen konnten, zu begegnen, mußte es zweckmäßig erscheinen, für eine sichere Mittheilung derselben an die Rechtsschulen zu sorgen, und eine Einregistrirung in die Hauptsammlung Gregor's IX. durch dieselben bewirken zu lassen. Innocenz IV. that dies bereits im Jahre 1245 mit einer Decretale Gre-

---

106) Glück, praecognita p. 169. sq. Phillips a. a. O. S. 325 flg.

107) M. s. überhaupt v. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. VI.

108) Vgl. I. C. Koch, de Bonifacii VIII. Pont. Max. sexto Decretalium libro, Giessae 1772 und in seinen Opuscula iuris canon. Glück, praecognita §. 41. Phillips a. a. O. S. 345 flg.

gor's IX. und seiner eigenen Decretale über einen Streit des Erzbischofs von Rheims mit seinen Suffraganen: Romana ecclesia vom 1. Mai d. J., welche er in zehn Capitel theilte, damit diese an der rechten Stelle gleich nachgetragen werden könnten. In dem Schreiben an die Universität Paris heißt es deshalb: Universitati vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus illis in iudicio utamini et in scholis, sub certis titulis, prout in pagina distinguimus, inseri facientes 109). Nachdem das Concil zu Lyon 1245 gehalten war, vereinigte er dessen Schlüsse mit der Decretale Romana ecclesia, ließ das Ganze nach der Ordnung der Sammlung Gregor's IX. zusammenstellen und übersendete es wiederum den Universitäten, welche es als Decretalen Innocenz IV. recipirten 110) und glossirten, auch hie und da in die Codices wie Authentiken nachtrugen 111). Ungeachtet dieser Sorgfalt konnten doch alle Fälschungen nicht verhütet werden, und deshalb entschloß sich der Pabst noch im Jahre 1253 ein Verzeichniß seiner Constitutionen mit Angabe der Anfangsworte nach Bologna zu schicken 112). Auch die Decretalen der folgenden Päbste blieben für sich bestehende Sammlungen und wurden zum Theil in Verbindung mit den Kanones des zweiten Concils zu Lyon von 1274, von Gregor X. den Universitäten zur Aufnahme überschickt 113) und glossirt. Dasselbe geschah mit einer Sammlung von fünf Decretalen Nicolaus III. (1277—1281) 114).

So war auf's neue ein Zustand eingetreten, wie der, welcher Gregor's IX. Sammlung veranlaßt hatte, und nunmehr Bonifaz VIII. (1294—1303) zu einem gleichen Schritte vermochte. Durch eine Commission von drei Männern, Wilhelm von Mandagot, Erzbischof von Embrün, Berengar von Fredole, Bischof von Beziers und Richard Petronio von Siena, Doctor beider Rechte und Vicecanzler der römischen Kirche 115), wurden die seit Gregor IX.

---

109) S. Theiner, recherches cit. p. 64—66. Disquisit. cit. p. 137. Es findet sich in der Anm. 110 der erwähnten Sammlung der Eingang in cap. 6. Die Decretale Gregor's IX. steht daselbst als cap. 20.

110) Die Sammlung, welche sich öfter in Handschriften findet, ist nach einem Berliner Codex gedruckt bei I. H. Böhmer, im Corpus iuris canonici Tom. II. Appendix III. p. 349. sq.

111) Vgl. Jacobson, Geschichte der Quelle des preußischen Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, S. 14, Anm. Den Namen Authentiken giebt den Nachträgen Hostiensis.

112) Der Erlaß Innocenz IV. bei Sarti l. c. T. I. P. II, p. 124. Vgl. Theiner, comment. cit. p. 72. 73. not. 4. (disquisitiones p. 66).

113) Gedruckt in den gewöhnlichen Ausgaben der Concilien. I. H. Böhmer l. c. Appendix IV. p. 371. giebt aus dem Berliner Codex Varianten zu dem Abdrucke bei Harduin (Coll. Conc. Tom. VII. p. 705. sq.).

114) S. Glück, praecognita p. 368. 369. Theiner, disquisit. cit. p. 75. 77.

115) Drumann, Geschichte Bonifazius VIII. (Königsberg 1852) Bd. II, S. 214. Phillips a. a. O. S. 356. Der damals gefeierte Jurist Dinus

ergangenen päbstlichen Constitutionen, aus den vorerwähnten Sammlungen und anderen, mit Einschluß der Erlasse Bonifazius VIII. selbst, in ähnlicher Weise, wie dies früher geschehen war, verarbeitet, in fünf Bücher getheilt und durch den Pabst 1298 den Cardinälen, den Universitäten u. a. publicirt. Die Sammlung erhielt von Bonifaz selbst den Namen: liber sextus, damit sie den fünf Büchern der Decretalen Gregor's IX. zugefügt würde und durch die Zahl sechs, welches eine vollkommene Zahl sei, die ältere Sammlung vervollkommnet werde. Andere Decretalen, welche sich nicht in dieser Sammlung befänden oder ausdrücklich vorbehalten wären[116]), sollten in den Gerichten und Schulen nicht als ächt angenommen werden. Die meisten Constitutionen des liber sextus rühren von Bonifazius selbst her.

Diesem Werke wendete sich nun auch bald der Fleiß der Kanonisten zu. Die Glossen des Bernard (des Jüngeren) von Compostella zu den Decretalen Innocenz IV., des Iohannes Monachus († 1313 als Cardinal), Guido a Baysio, des Dinus (zum Titel de regulis iuris) u. a. vereinigte Iohannes Andreae († 1348) zur glossa ordinaria; doch fehlte es auch später nicht an verschiedenen Commentatoren[117]). Citirt wird die Sammlung, wie die Decretalen Gregor's IX., nur statt Extra in Sexto gesetzt, z. B. c. Licet et Romanus (1) de constitutionibus in VI. (I. 2.).

d) Die Clementinen[118]). Die nach dem Abschluß des liber sextus erlassenen Decretalen wurden privatim gesammelt und den Handschriften zugefügt. Clemens V. (1305—1314) verband aber die Kanones des Concils zu Vienne 1311 mit seinen übrigen Decretalen, ordnete sie nach dem Systeme der fünf Bücher und publicirte sie 1313 als Liber septimus den Cardinälen; dann überschickte er sie auch den Universitäten zu Orleans[119]) und zu Paris[120]). Spätere Erwägung veranlaßte ihn aber, die weitere Verbreitung zu hemmen und eine neue Recension zu veranstalten. Als er vor deren Vollendung gestorben war, fuhr Johann XXII. (1315—1334) mit derselben fort und publicirte die Sammlung auf's Neue 1317. Sie erhielt den

---

wurde außerdem zugezogen und scheint den Titel de regulis iuris ausgearbeitet zu haben (vgl. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechtes Bd. V, S. 449 flg. 456 (2. Ausg.)

116) Ueber die vorbehaltenen, nicht in den liber sextus aufgenommen Decretalen s. m. Phillips a. a. O. S. 362.

117) Ueber alle diese s. m. v. Savigny a. a. O. Bd. V, VI. Phillips a. a. O. S. 371.

118) Georg Lud. Böhmer, de Clementinis, in seinen Observationes iuris canonici (Götting. 1766) nr. I. Glück, praecognita §. 43. Phillips a. a. O. S. 373 flg.

119) Das Schreiben bei G. L. Böhmer l. c. p. 21.

120) In einem Codex zu Marburg ist die kleine Vorrede Clemens V. an die Universität Paris gerichtet (s. Bickell, in der allgem. (Hallischen) Literatur-Zeitung 1829 Nr. 133, Sp. 422).

Namen: Constitutiones Clementinae, und wurde glossirt und commentirt. Iohannes Andreae lieferte die glossa ordinaria; doch folgten auch nach derselben noch Commentare von mehreren italischen und französischen Kanonisten. Von neueren Bearbeitern ist auszuzeichnen Ant. Dadin. Alteserra, in libros Clementinarum commentarius, Paris 1680. 4. (auch in seinen Werken Tom. V) ed. nov. Glück, Halae 1782. 8. Die Sammlung wird in üblicher Weise, mit Angabe daß die Stelle aus den Clementinen sei, citirt z. B. Clem. (1) Abbates de rescriptis (I. 2) oder cap. 1. de rescr. in Clem. (I. 2).

e) Die Extravagantensammlungen[121]). Schon Bonifaz VIII., mehr noch Clemens V. und Johann XXII. hatten den vorher bei der Sammlung der Decretalen leitenden Gedanken, vollständige Collectionen zu veranstalten, so daß die außerhalb derselben befindlichen Constitutionen unanwendbar seien, eigentlich aufgegeben. Bonifaz hatte für manche im liber sextus nicht stehende Decretalen die Geltung reservirt; dies thaten Clemens V. und Johann XXII. nicht, sondern überließen Jedem, der sich auf die nicht recipirten Erlasse berufen wollte, den Nachweis der Aechtheit, woraus dann ihre Autorität folgte. Bei diesem Verfahren wirkte aber außerdem noch die Rücksicht mit, daß die Anwendbarkeit mancher Decretalen aus materiellen Gründen bereits damals bezweifelt wurde, wie vor allen in Frankreich, und die Päbste schon deshalb davon abstehen mußten, vollständige Sammlungen zu liefern, um nicht Streitigkeiten über das Ansehen der ganzen Collection zu veranlassen, und um nicht die Anwendbarkeit bestrittener Decretalen, die sie nicht in die Sammlung aufnahmen, geradezu abzuschneiden. Die seit Johann XXII. die Kirche treffenden Schicksale verhinderten aber überdies das Unternehmen neuer officieller Sammlungen und so blieb es den Privaten überlassen, die seit Bonifaz VIII. noch nicht recipirten und die späteren Extravaganten für sich zu sammeln. Die Folge davon war, daß bald sehr verschiedene kleinere und größere Collectionen entstehen mußten, von denen einige auf den Universitäten zu einem gewissen Ansehen gelangten und glossirt wurden. Dies geschah mit einer Sammlung von Erlassen Bonifaz VIII., Benedict's XI., Clemens V. durch Ioannes Monachus, mit drei Decretalen Johann's XXII. durch Guilielmus de Monte Lauduno, mit zwanzig Decretalen Johann's XXII. durch Zenzelinus de Cassanis 1325 u. a. Sowie die Handschriften, so wichen auch später die Drucke der Extravaganten von einander ab, bis die vom Licentiaten der Rechte Iean Chappuis beliebte Ordnung allgemeinere Nachfolge fand. Bei der Besorgung einer Ausgabe des kanonischen Gesetzbuches zu Paris im Jahre 1500 theilte er die Extravaganten in zwei Sammlungen. Die eine enthielt die seit 1325 zu-

---

121) Bickell, über die Entstehung und den Gebrauch der beiden Extravagantensammlungen des Corpus iuris canonici, Marburg 1825. 8. Phillips a. a. O. S. 392 flg.

sammen abgeschriebenen und bereits so gedruckten 20 Decretalen Johann's XXII. Diese ließ Chappuis als Extravagantes Ioannis XXII in 14 Titeln in die Ausgabe aufnehmen. Aus den anderen sonst gewöhnlich gebrauchten Extravaganten (cumulus tritarum extravagantium) bildete er eine zweite Sammlung: Extravagantes communes, welche außer den sonst schon zusammen gedruckten 33, noch 27 oder 28 umfaßte, und in einer neuen Ausgabe von 1503 noch die 3 von Guilielmus glossirten Decretalen Johann's XXII., die also in beiden Sammlungen sich befinden. Die zweite Sammlung von 73 oder 74 Extravaganten aus der Zeit Urban's IV. von 1262 bis auf Sixtus IV. von 1483, zerlegte er in die üblichen fünf Bücher, setzte aber, da keine das Eherecht berührenden Decretalen sich vorfanden, an die Stelle derselben: Liber quartus vacat.

Die Citirart der beiden Sammlungen ist die übliche, mit der näheren Angabe; also Extrav. Ad onus (1) Ioann. XXII. de electione (1) oder c. 1. de electione in Extrav. Ioann. XXII. (I). — Extrav. com. Iniunctae nobis (1) de electione (I. 3) oder c. Iniunctae de elect. in Extrav. com. (I. 3).

III. Das Corpus iuris canonici als Ganzes. Ausgaben des Corpus iuris. Die bisher betrachteten Sammlungen, Decret und Decretalen, bilden als Ganzes das corpus iuris canonici. Der Ausdruck corpus canonum, decretorum wird schon früh für Sammlungen mit kanonischen Satzungen gebraucht. Corpus iuris nannte Innocenz IV. die Decretalen Gregor's IX. (in dem Anm. 112 citirten Schreiben) und als corpus iuris canonici bezeichnete man im fünfzehnten Jahrhundert das Decret Gratian's, die Decretalen Gregor's IX., den liber sextus und die Clementinen, im Unterschiede von den Extravaganten. Es geschah dies bei den Streitigkeiten über die päbstlichen Reservatrechte, welche seit der Residenz in Avignon einen übermäßigen Umfang erhalten hatten und deren Einschränkung beabsichtigt wurde. Im Jahre 1416 erklärten deshalb Deputirte der teutschen Nation dem Kaiser zu Costnitz: daß durch dieses heilige Generalconcilium die Reservation aller und jeder Kirchenlehren ..., die in corpore iuris nicht beschlossen seynd, sollen abgeschaffen und widerrufen werden u. s. w.[122]). Dasselbe geschah 1436 zu Basel, in der sessio XXIII. cap. 6, wo es heißt: haec sancta synodus abolet: satuens, ut de cetero nequaquam fiant, reservationibus in corpore iuris expresse clausis ... exceptis. Darauf haben die Neueren den Unterschied des corpus iuris clausum und non clausum gegründet[123]). Die Handschriften und ältesten Drucke haben aber für

122) S. die Stelle aus Goldast, Constit. Imper. T. IV. Cl. I. p. 151, bei Glück, praecognita p. 70.

123) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 352. Vgl. Bickell (Anm. 121 cit.) S. 49, 61.

die ganze Sammlung noch nicht die Bezeichnung corpus iuris; die Ausgaben schon darum nicht, weil sie zuerst nur einzelne Theile enthielten. Die editio princeps des Decretes erschien Argentinae cura Eggesteyn 1471 Fol., wenn nicht etwa eine ohne Angabe des Ortes und Jahres älter ist (vielleicht Mogunt. cura Schoiffer. 1469); die editio princeps der Decretalen Gregor's IX. erschien s. l. et a. (Mainz bei Schoiffer), dann folgte die zu Mainz 1473[124]); die ed. pr. des liber sextus daselbst bei Fust und Schöffer 1465[125]), die der Clementinen daselbst 1460[126]). Längere Zeit erschienen noch die einzelnen Theile mit selbstständigen Titeln und zwar so, daß gewöhnlich drei Bände das Ganze ausmachten, indem der liber sextus, die Clementinen und einzelne Extravaganten zusammen gedruckt wurden, während das Decret und die Decretalen Gregor's zwei Bände bildeten. Die erste planmäßige Gesammtausgabe ist die zu Paris 1499—1502 durch Ulrich Gering und Bertold Rembold besorgte, bei welcher Iean Chappuis die Extravaganten und das Decret übernahm (s. oben). Seitdem erschienen glossirte, wie unglossirte Ausgaben in großer Menge[127]). Von den vor der römischen Correctur herausgekommenen sind die zu Lyon bei Hugo a Porta mit der Glosse die besseren (1559. 1560 in 5 Fol.) von nichtglossirten aber die von Demochares (Paris 1547. 1550. 1552. 4. vol. 8.), Molinaeus (Lugdun. 1554. 1559. 4.), Contius (Antverp. 1569—1571. 4. vol. 8.), durch welche für die Inscriptionen und die Ergänzung der partes decisae Dankenswerthes geleistet wurde[128]). Bei Gelegenheit des tridentinischen Concils wurde eine neue kritische Ausgabe beschlossen und zu dem Behufe 1563 eine eigene Commission niedergesetzt (correctores Romani, deren Zahl bis auf 35 stieg), welche ihre Arbeit im J. 1580 vollendete[129]). Durch mancherlei hindernde Regeln gebunden, konnten die Correctoren nicht so viel leisten, als die ihnen zu Gebote stehenden Mittel sonst wohl erlaubt hätten. Nach wiederholter Prüfung des Textes und der Glosse erließ Gregor XIII. am 1. Juli 1580 die Confirmationsbulle

---

124) S. Schaab, die Geschichte der Buchdruckerkunst Bd. I (Mainz 1830 8.) S. 499 flg., 505 flg. (Verb. Panzer, Annales typopraph. cit. bei Phillips a. a. O. S. 342).

125) Schaab a. a. O. Bd. I, S. 431 flg. Ueber die zweite, 1466 zu Mainz erschienen, welche Schaab für verloren hielt, s. m. Merkel, kritisches Verzeichniß höchst seltener Incunabeln, Aschaffenburg 1832 8.

126) Schaab a. a. O. Bd. I, S. 376 flg. Ueber die zweite Ausgabe 1467 a. a. O. S. 451.

127) Man vergl. über diese Glück, praecognita §. 153 sq. p. 351 sq. Schletter, Handbuch der juristischen Literatur S. 90 flg. Eichhorn a. a. O. S. 375 flg.

128) S. Richter, diss. de emendationibus Gratiani (Lipsiae 1835. 8.) cap. 1.

129) S. Richter, diss. cit. cap. 2. Theiner, documenta quae Gratiani Decreti emendationem respiciunt, in den disquisitiones cit. Appendix I. Phillips a. a. O. S. 194 flg.

für das Ganze, mit der Bestimmung: ut hoc ius canonicum sic expurgatum ad omnes ubique Christi fideles sartum tectum perveniat, ac ne cuiquam liceat eidem operi quicquam addere, vel immutare, aut invertere, nullave additamenta adiungere; sed prout in hac nostra urbe Roma nunc impressum fuit, semper et perpetuo integrum et incorruptum conservetur. Darauf folgte 1582 die Ausgabe selbst (editio Romana) in drei Bänden, zuerst das Decret, mit einer besonderen Approbation vom 2. Juni 1582 und dem erneuerten Befehle: ut quae emendata et reposita sunt, omnia quam diligentissime retineantur, ita ut nihil addatur, mutetur aut imminuatur. Mehr oder weniger streng schließen sich dann auch die späteren Ausgaben an die römische an. Die besseren sind: Corpus iuris canonici cum notis Petri et Francisci fratrum Pithoeorum, edid. Claudius le Pelletier, Paris 1687. 2. vol. Fol. und öfter wiederholt; Corpus iuris can. Gregorii XIII. P. M. auctoritate post emendationem absolutam editum, rec. I. H. Böhmer, Halae 1747. 2. Vol. 4.; und ganz besonders Corpus iuris can. post I. H. Böhmeri curas brevi adnotatione critica instructum ad exemplar Romanum denuo edidit Aemil. Lud. Richter, Lipsiae 1839. 2 Part. 4. Schon Böhmer, mehr aber noch Richter haben durch Benutzung von guten Handschriften sowie der Originale der päbstlichen Constitutionen einen möglichst correcten Text herzustellen und die partes decisae zu restituiren mit günstigem Erfolge unternommen. Sind diese, namentlich Richter's Ausgabe jetzt unentbehrlich, so ist aber doch das Zurückgehen auf die Ausgaben vor der Correctur höchst ersprießlich. Als Hilfsmittel möge hier noch erwähnt werden: Das Corpus iuris canonici in seinen wichtigsten und anwendbarsten Theilen in's Teutsche übersetzt und systematisch zusammengestellt von Bruno Schilling und Sintenis, Leipzig 1834—1838, 2 Bde. 8. Von einer anderen vollständigen Uebertragung sind nur zwei Hefte erschienen: das Corpus iuris canonici, in Gemeinschaft mit mehreren Gelehrten übersetzt und herausgegeben von Lang, Nürnberg und Fürth 1835 8.

Die Ausgaben des Corpus iuris canonici enthalten gewöhnlich noch verschiedene Anhänge, theils kanonistisches Material, theils Hilfsmittel zum erleichterten Gebrauche. Es sind der arbor consanguinitatis und affinitatis mit dem Commentare des Ioh. Andreae (hinter Can. XXXV. qu. V.), 47 canones poenitentiales aus der Summa des Hostiensis und die 85 canones Apostolorum nach der lateinischen Uebersetzung des Haloander (hinter dem Decret) u. a. Bedeutender sind

die Institutionen des Paul Lancelott, Professors in Perugia († 1591). Die Arbeit war im Auftrage Paul's IV. (1555 flg.) unternommen, welcher ein den Institutionen Justinian's ähnliches Werk für den Unterricht wünschenswerth fand. Der Verfasser gab dasselbe 1563 unter eigenem Namen heraus, Paul V. (1605 flg.) genehmigte, was schon seit 1591 geschehen war, daß es den Ausgaben des Corpus

iuris canonici hinzugefügt würde, ohne ihm aber eine höhere Autorität beizulegen. Ferner

der liber septimus des Petrus Matthaeus aus Leyden, mit Extravaganten aus der Zeit Sixtus IV. (1483) bis Sixtus V. (1585 flg.). in fünf Büchern. Die erste Ausgabe besorgte der Sammler selbst im Jahre 1590 mit dem Corpus iuris canonici zusammen, Frankfurt am Main 1590[130]; dann wurden sie in der Ausgabe Lugdun. 1591 aufgenommen und seitdem oft wiederholt.

In den späteren Ausgaben finden sich auch verschiedene indices, welche zum Theil wohl schon von den Glossatoren verfertigt sind, insbesondre alphabetische Verzeichnisse der einzelnen Kanones, zum Behufe des Nachschlagens. Petrus Guenois fügte der von ihm besorgten Ausgabe des corpus iuris canonici, Paris 1618 mehrere Register hinzu, nämlich für das Decret einen Index der Päbste, der Synoden, der kirchlichen Schriftsteller, welche in demselben citirt sind, sowie ein Verzeichniß der canones ohne Inscription; desgleichen für die übrigen Sammlungen drei Register der Päbste, Synoden und Schriftsteller nach den einzelnen Stellen. Ein allgemeines Sachregister bearbeitete der Dominicaner, Capellan und Pönitentiar Gregor's XIII. Martinus (tabula Martiniana, margarita decreti u. s. w.)[131]. Dieselben sind wiederholt in der Ausgabe der Brüder Pithoei und bei I. H. Böhmer, zwar verbessert, aber doch höchst fehlerhaft[132].

Anwendbarkeit des Corpus iuris canonici[133].

Bei der Frage über Autorität des Corpus iuris canonici ist die formelle und materielle Seite zu unterscheiden. In jener Rücksicht handelt es sich darum, ob das ganze corpus iuris oder ob nur ein Theil desselben Anspruch auf Geltung hat. Hierbei ist man allgemein einverstanden, daß den Institutionen des Lancelott und dem liber septimus des P. Matthaeus als Sammlung weder durch die gesetzgebende Gewalt, noch durch die Praxis Anerkennung zu Theil geworden ist, mithin die Frage über die Geltung des liber septimus sich auf jede einzelne darin enthaltene Constitution bezieht. Die

---

130) In derselben Ausgabe, mit dem Jahre 1591 auf dem Titel, finden sich auch die Institutionen des Lancelott.

131) Glück, praecognita §. 49. 50. Ueber die Rubriken, Inscriptionen u. s. w., daselbst §. 51—53.

132) Außerhalb der Ausgaben des Corpus iuris sind für denselben Zweck auch besondere Schriften ausgearbeitet, wie Stephan Daoys, index ad ius pontificium, Burdigaliae 1624. 8. Fol. Martin. Hurfortii, repertorium iuris canonici locupletissimum, Vratislav. 1626. 8. Wenceslai Steigeri, medulla corporis iuris can. eiusdemque ac sacrorum canonum repertorium, Norimberg. 1713. Fol.

133) Vgl. Glück, praecognita §. 54—58. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 349 flg., 360 flg. Walter §. 123. Richter §. 79. Phillips a. a. O. S. 411 flg.

beiden Arbeiten des Lancelott und Matthäus sind überhaupt nicht integrirende Bestandtheile des Corpus iuris und daher von dem letzten Herausgeber desselben auch geradezu fortgelassen. Weniger einig ist man dagegen darin, ob nur das sogenannte Corpus iuris clausum oder auch die beiden Extravagantensammlungen in complexu als geltend anzusehen sind. Im funfzehnten Jahrhunderte hatte sich, wie die Verhandlungen zu Costnitz, Basel u. s. w. ergeben, eine feste Meinung darüber bereits gebildet, daß an sich nur die zum Corpus iuris damals gehörenden Sammlungen als ius scriptum oder commune zu betrachten seien, die Autorität der außerhalb derselben befindlichen Constitutionen, Extravaganten, aber erst im einzelnen Falle festzustellen sei. Indem nun Jean Chappuis zwei Sammlungen von Extravaganten redigirte und dem Corpus iuris canonici hinzufügte, konnte durch einen solchen Privatact jenen Collectionen der Charakter eines Gesetzbuches nimmermehr verliehen werden. Freilich folgte darauf die Reception durch Gregor XIII. in die editio Romana 1582; allein daraus ergiebt sich keinesweges die Anerkennung der Sammlungen als gemeines Recht, denn es war überhaupt nicht die Absicht der Curie durch die neue Ausgabe des Corpus iuris über die Autorität der darin enthaltenen Normen etwas festzusetzen, sondern es sollte nur eine authentische Ausgabe, ein zuverlässiger Text den Gerichten dargeboten werden. Gregor XIII. konnte nicht die Absicht haben, dadurch, daß er die beiden Sammlungen mit revidiren ließ, den ganzen Inhalt derselben als Gesetz zu sanctioniren und damit auf's Neue einen Streit hervorzurufen, der bereits im funfzehnten Jahrhunderte durchgekämpft war, den Streit über die päbstlichen Reservationen. Es blieb hiernach für diejenigen, welche die Geltung der Sammlungen als solcher behaupten, nur der Beweis übrig, daß späterhin durch die gemeinrechtliche Praxis dieselbe eingeführt sei. Die Meinung Bickell's, einen solchen Nachweis geführt zu haben, ist aber nicht richtig [134]. Die beiden Extravagantensammlungen gelten daher nicht als solche, sondern die in ihnen enthaltenen Decretalen nur soweit, als für jede einzelne die Reception nachweisbar ist [135].

Anders verhält es sich mit dem Decret Gratian's und den drei officiellen Decretalensammlungen, obschon auch darüber Einhelligkeit der Ansichten nicht vorhanden ist. Das Decret ist eine Privatarbeit,

---

134) S. Bickell (Anm. 121 cit.) S. 40 flg., S. 61. Dagegen Alex. Lang, Bemerkungen über die Gemeingiltigkeit der beiden Extravagantensammlungen, in Weiß, Archiv der Kirchenrechtswissenschaft Bd. I, S. 74 flg. (Gießen 1830).

135) Die ganze Frage ist weniger von practisch-hoher Bedeutung, wenn man den Inhalt der beiden Extravagantensammlungen betrachtet (m. s. besonders Bickell a. a. O. S. 65 flg.), aber das Princip ist nicht ohne Einfluß auf die Ansicht über die Autorität der päbstlichen Gesetzgebung seit dem 15. Jahrhundert überhaupt. (Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 351 flg.).

welche im ganzen nicht durch einen gesetzgeberischen Act als Gesetzbuch sanctionirt ist, sondern durch die Praxis und Wissenschaft als Sammlung Autorität erlangt hat. Die Schule und die sich darauf stützende Anwendung war aber mächtig genug, einer solchen Arbeit die Kraft eines Gesetzbuches zu verschaffen und so wurde auch das Decret angesehen. Man nannte es geradezu Corpus iuris canonici[136]) und die Päbste selbst citirten es als eine geltende Sammlung[137]). Indessen bezog sich dieses Ansehen nicht auf die dicta Gratiani, wie unter anderen aus der Erklärung des gefeierten Iohannes Andreae († 1348) hervorgeht, welcher in seiner Novella in Decretum zum cap. 2. X. de rescriptis (I. 3) sich also über dieselben ausspricht: Non obstat, si dicis librum decretorum fuisse per Papam approbatum, quia nec hoc constat. Et dato, quod constaret; approbatio fuit quoad compilationem[137a]), non quoad dicta Gratiani, quae quotidie reprobamus, und aus vielen verwerfenden Aeußerungen der Glosse. Auch die Paleae galten nicht: denn bei der Interpretation wurden sie entweder ganz übergangen oder nur kurz berührt. Durch die Aufnahme in die editio Romana wurden sie auch nicht legalisirt, vielmehr durch den Zusatz palea als apokryphisch bezeichnet[138]). Das Ansehen des Decretes selbst mußte aber mit der Zeit abnehmen, da der Inhalt desselben durch das spätere Recht so sehr modificirt wurde. Es bildete sich deshalb eine von der früheren abweichende Meinung über die formelle Giltigkeit des Decretes, nach welcher dasselbe, weil bloße Privatarbeit, nicht als Ganzes Autorität besitze, sondern nur die einzelnen Stellen das Ansehen hätten, welches ihnen schon an sich zukomme. Diese Auffassung erhielt die Billigung der römischen Curie. So entschied die Rota Romana: quod quilibet canon inibi (in Decreto) relatus, ex eo tantum, quod ibi referatur, non habeat maiorem auctoritatem, quam in proprio loco consistens de sui natura esset habiturus. Nec Gregorius XIII. Gratiani librum tanquam legalem authentizavit, cum solum emendari iusserit et mandaverit observari[139]). So erklärte auch Pabst Benedict XIV.: Gratiani Decretum, quantumvis pluries Romanorum Pontificum cura emendatum fuisse non ignoretur, vim ac pondus legis non habet; quin immo inter

---

136) S. Sarti, de claris Bonon. professoribus. App. p. 214.

137) Beispiele hat I. H. Böhmer in der diss. de varia Gratiani fortuna, vor dem Corpus iuris can. Tom. I. p. 18. not. c. d. gesammelt.

137a) S. Anm. 143.

138) Die Glosse äußert sich selbst gelegentlich über die mangelnde Autorität der Paleae. (M. s. Belege bei Bickell, de paleis p. 14 sq.). Die Glosse zur Compilatio secunda des Ioh. Gallensis Tit. de statu regularium cap. dilectos ad voc. libertatem sagt: aut verba paleae cum quadam restrictione esse explicanda, aut paleam plane esse reiiciendam, quia palea sit. Vgl. auch c. 2. Cau. XXXII. qu. IV. sub fin. Gl. zum v. palea. Anderer Meinung wegen der Paleae ist Eichhorn a. a. O. S. 366.

139) Pegna, decisiones Rotae nr. 480. (Phillips a. a. O. S. 414, N. 7).

omnes receptum est, quidquid in ipso continetur, tantum auctoritatis habere, quantum ex se habuisset, si nunquam in Gratiani Collectione insertum foret: ut videre est in nostro Opere de canonizatione Sanctorum lib. IV. part. II. cap. 17. nro. 10.[140]). Hiernach ist das Decret nichts weiter, als „ein reichhaltiges Material für die Geschichte des kanonischen Rechtes"[141]). Dagegen fehlt es nicht an Juristen, welche der früheren Auffassung treu geblieben sind und das Decret als eine im ganzen recipirte Quelle des gemeinen kanonischen Rechtes ansehen und die fortdauernde Geltung desselben behaupten, natürlich so weit, als es nicht durch späteres Recht geändert ist[142]). Diese Meinung scheint den Vorzug zu verdienen: denn sie ruht auf denselben Gründen, auf welche die Autorität des gemeinen in Teutschland geltenden Rechtes überhaupt zu stützen ist, nämlich darauf, daß dasselbe ein zuerst durch Wissenschaft und Praxis recipirtes und dann durch die spätere Gesetzgebung des Reiches bestätigtes Recht ist. Daß der Sammler ein Privatmann war, ist dabei ohne Einfluß. Das Decret ist als Rechtsbuch entstanden und durch den Gebrauch zum Gesetzbuche erhoben, ebenso wie die einheimischen Rechtsbücher, der liber feudorum u. a.[143]). Hieraus ergiebt sich aber zugleich eine wesentliche Verschiedenheit des Decretes und der späteren Sammlungen der Decretalen, insofern dieselben als Quelle des kirchlichen Rechtes in Betracht kommen. Die Decretalen Gregor's IX., der liber sextus und die Clementinen sind nämlich von den Päbsten förmlich als Gesetzbücher erlassen und ihre Anwendung ist den Gerichten wie den Lehranstalten aufgetragen, wie dies die den Sammlungen in den Ausgaben zugefügten päbstlichen Bullen ergeben. Die geistlichen Gerichte wurden daher durch die Publication verpflichtet, sich der Sammlungen als authentischer Gesetzbücher zu bedienen. Anders erscheint dagegen das Verhältniß der weltlichen Gerichte, welchen der römische Stuhl die Annahme der Decretalen nicht befehlen konnte. In ihnen beruht deshalb die Geltung der Sammlungen auf demselben Grunde, wie die des Decretes, nämlich auf der freien Reception[144]). Den geistlichen Gerichten konnten die De-

140) De synodo dioecesana lib. VII. c. XV. nr. 6.

141) Phillips a. a. O. S. 415. Mit ihm stimmen viele neuere Kanonisten (Walter, Richter, Permaneder u. a.).

142) Man sehe besonders I. H. Böhmer, ius eccl. Protest. lib. I. tit. II. §. 17 sq. Glück, praecognita §. 58. v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. I, §. 42, S. 102, 103 (2. Ausg.). de Schenkl, institutiones iuris eccl. T. I. §. 122. 123. Brendel, Hdbch. des Kirchenrechtes §. 20. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 366 u. a. m.

143) Wenn Phillips a. a. O. behauptet, es sei seine Meinung eine einhellige der Kanonisten, so ist dies nicht richtig. Die Stelle des Ioh. Andreae (a. a. O. S. 163, verb. S. 413) theilt er übrigens unvollständig mit. Er läßt die hier im Texte bei Anm. 137a mitgetheilten Worte: (approbatio) fuit quoad compilationem fort.

144) Vgl. I. A. Riegger, historia receptionis corporis iuris canonici in Germania (als praefatio zu I. Cironii opera, Vindob. 1761. 4. zuerst erschienen,

cretalen überdies nicht als ein fremdes Recht erscheinen, während sie für die weltlichen Gerichte allerdings diese Bedeutung haben mußten.

Da das corpus iuris canonici in complexu zur Anwendung gelangte, so ist es an sich gleichgiltig, ob eine Decretale als allgemeines Edict oder als Rescript an eine einzelne Person oder Kirche ergangen ist, wenn nicht etwa ganz individuelle Verhältnisse den Gegenstand der Entscheidung bilden, wie z. B. das cap. 1. X. de locat. (III. 18), worin Clemens III. über die Miethscontracte der Studirenden zu Bologna eine Bestimmung getroffen, u. a. m. Der sonst geltende Grundsatz über den Vorzug des neueren vor dem älteren Rechte kommt natürlich hier ebenmäßig zur Anwendung, und bei Antinomien ist theils nach dem chronologischen, theils, wo dieser nicht ausreicht, nach dem systematischen Gesichtspunkte die Anwendung der einzelnen Stellen zu bestimmen. Die partes decisae der einzelnen Decretalen sind nur Hilfsmittel der Interpretation und auch dies nur soweit, als nicht erhellt, daß durch die Ausscheidung des später den Ausgaben wieder zugefügten Theiles einer Stelle ein anderer, als der ursprüngliche Sinn in dieselbe hineingetragen werden sollte. Die Titelrubriken sind von den Päbsten approbirt und sind deshalb bei der Auslegung und Anwendung von entscheidendem Ansehen; dasselbe gilt von den Capitelüberschriften, nicht aber von den Summarien (kurzen Inhaltsübersichten) und Glossen, obschon der wissenschaftliche Werth derselben nicht gering anzuschlagen ist[145].

Außer dem bisher betrachteten formellen Gesichtspunkte kommt nunmehr auch der materielle, also die Rücksicht auf den Inhalt des Corpus iuris canonici selbst in Betracht. Hiernach scheidet sich derjenige Theil desselben, welcher sich auf bürgerliche Institute bezieht, von dem, der kirchliche Verhältnisse regelt. Das kanonische Recht als Quelle des bürgerlichen Rechtes ist fremd und recipirt und unterliegt daher den Beschränkungen, nach welchen in Teutschland das römische Civilrecht beurtheilt wird (m. s. den betr. Art.). Es steht daher als gemeines subsidiäres Recht dem eigenthümlich teutschen überhaupt nach, im Verhältnisse zum römischen Rechte hat es aber so weit den Vorzug, als nicht Gesetzgebung oder die Praxis das Gegentheil durchgeführt haben[146].

---

dann wiederholt in Schmidt, thesaurus iuris eccl. Tom. I. nr. IV. p. 239 sq. und in Riegger's opuscula p. 199 sq.) Hommel, de adventu iuris can. in Germaniam, Lips. 1773. Pütter, wie ist das päbstlich-kanonische Recht in Teutschland aufgekommen? in desselben Beiträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte Th. II, (Göttingen 1779) Nr. 25, S. 53 flg. C. A. Tittmann, de causis autoritatis iuris can. in iure criminali Germanorum, Lipsiae 1798 (2. dissert., auch in Martin, dissertationum et commentat. selectarum iuris crim. collectio, vol. I. (Ienae 1822) nr. III. IV.).

145) Man vgl. über alle diese Punkte Glück, praecognita §. 51. sq. Phillips a. a. O. S. 421 flg. und die daselbst cit. Literatur.

146) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 29. Eich-

Was die Bestimmungen des kanonischen Rechtes über das Verhältniß der Kirche zum Staate betrifft, so haben dieselben ihre Anwendbarkeit verloren: denn das kanonische Recht geht von staatsrechtlichen Principien aus, welche sich seit der Zeit des Erlasses der Sammlungen des corpus iuris canonici vollständig verändert haben. Während bisher die Kanonisten Teutschlands hierin vollkommen einig waren[147]), hat sich hin und wieder in neuester Zeit eine entgegengesetzte Meinung zu bilden angefangen, deren practische Durchführung Anlaß zu schweren Kämpfen gegeben hat, in denen aber der Staat sein von der Kirche bestrittenes Hoheitsrecht nicht zum Opfer gebracht hat (m. s. den Art. Staat und Kirche).

Das kanonische Recht als Kirchenrecht gilt für die römisch-katholische Kirche noch immer so weit, als es die spätere kirchliche Gesetzgebung, vor allen das tridentinische Concil nicht geändert hat. Hierbei kommt aber außerdem noch in Betracht, daß die römisch-katholische Kirche nicht allen in ihr geltenden kanonischen Satzungen eine gleiche Dignität beilegt, daß sie das unveränderliche ius divinum und das veränderliche ius humanum unterscheidet, und daß gerade das im Corpus iuris canonici enthaltene ius ecclesiasticum dem größten Theile nach zum letzteren gehört[148]). Das kanonische Recht als menschliches Recht unterliegt deshalb den Einflüssen, welche die Geschichte der Kirche überhaupt und insbesondre ihre verschiedene Stellung im Staate geübt hat und fortwährend übt. Demnach kann auch die Competenz der Kirche und des Kirchenrechtes eine umfassendere oder beschränktere sein. Es erscheint deshalb die Ansicht nicht richtig, nach welcher Abweichungen von der früheren kirchlichen Competenz als Ausfluß einer bloßen Willkür betrachtet werden, so daß, wenn im Mittelalter geübte Rechte der Kirche jetzt in foro externo nicht mehr geltend gemacht werden können, dieselben in foro interno ein für alle Katholiken verbindliches, durch die Staatsgewalt unabänderliches Recht bleiben sollen[149]).

Das corpus iuris canonici ist als gemeines Recht auch Quelle des evangelischen Kirchenrechtes[150]). Zwar hatte

---

horn, Kirchenrecht Bd. I, S. 367 flg. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. I, §. 42.

147) M. s. z. B. Glück, praecognita §. 56. Walter, Kirchenrecht §. 123.

148) Vgl. Zeugnisse im Decret dist. VIII. sq., in den Decretalen tit. de constitutionibus, rescriptis etc. Daher hat Sauter (fundamenta iuris ecclesiastici Catholicorum P. II. §. 214. not. b) Recht, wenn er sagt: Receptum est corpus iuris canonici non eorum causa, quae per rectam rationem, sive per revelationem definita iam sunt; sed ut norma eorum esset, quae ab humano pendent arbitrio.

149) Phillips a. a. O. S. 428, 429.

150) Vgl. die literarischen Nachweisungen bei Glück, praecognita §. 54. (Abhandlungen von C. R. ab Oosterga, Rhetius, I. H. Boehmer, Schott u. a.) Weber, systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes Th. I, Abth. I, §. 16, S. 104 flg. (die erste Ausgabe). Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 370 flg.

Luther das corpus iuris am 20. December 1520 dem Scheiterhaufen übergeben und dadurch eine Abneigung gegen dasselbe hervorgerufen, so daß die hessische Kirchenordnung von 1526 es förmlich verbot: Ius illud contra fas vocatum canonicum omnino legi prohibemus[151]); indessen löste sich doch die evangelische Kirche nicht so vollständig von der römischen in allen ihren Instituten, daß nicht viele ältere Bestimmungen des kanonischen Rechtes hätten in Geltung bleiben müssen. Man sah sich genöthigt, die Beneficien, Patronate, Kirchengüter, Ehesachen und viele andere Gegenstände, für die man nicht so leicht ein neues Recht schaffen konnte, im wesentlichen nach dem bisherigen zu beurtheilen; Luther selbst modificirte auch seine Ansicht[152]) und er, wie die anderen Reformatoren bedienten sich wieder des corpus iuris und wendeten es vielfach an[153]). So wurde es denn überhaupt als gemeines Recht anerkannt[154]), natürlich aber soweit beschränkt, als es der verschiedene Charakter der evangelischen Kirche von selbst erforderte. Vor allen ist es daher die Kirchenlehre, die Bedeutung der Kirchengewalt, die Kirchenverfassung, das Verhältniß der Kirche zum Staate u. v. a., wobei die kanonischen Grundsätze fast alle Anwendbarkeit verloren haben. Als Quelle des gemeinen Rechtes hat die evangelische Kirche daher auch mehrfach das römische dem kanonischen vorgezogen; doch muß von diesem als einer gemeinsamen Quelle beider Kirchen hier noch besonders die Rede sein.

C. Das Corpus iuris civilis[155]). Das kanonische Recht beruht nicht blos auf rein kirchlichen, sondern auch auf bürgerlichen Vorschriften und insbesondre auf dem römischen Rechte. Durch dieses wurde seit dem vierten Jahrhunderte der Clerus so sehr begünstigt, daß er sich nach demselben, als seinem persönlichen Rechte in den germanischen Reichen gern beurtheilt sah und die Anerkennung in den Volksrechten herbeiführte. Durch Vermittelung der Kirche selbst wurde also das römische Recht eine Quelle des kirchlichen und bürgerlichen Rechtes. Aber auch von Seiten des Staates wurde die Anwendung des römischen

---

151) Cap. 29. (Schmincke, monumenta Hassiaca II. 650. Richter, die evangelischen Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhundertes I, 68).

152) M. s. z. B. das Schreiben an Spalatin vom 3. Osterfeiertage 1529, bei de Wette, Luther's Briefe Bd. III, S. 433.

153) M. s. z. B. die Apologie der Augsburger Confession Art. XIV, wegen der Beibehaltung der kanonischen Distinction der bischöflichen Rechte in die potestas ordinis und iurisdictionis.

154) Nur einzelne Theologen und Juristen erklärten sich auch später dagegen, besonders im Anfange des 18. Jahrhundertes, wie Titius (Probe des geistlichen Rechtes), v. Rohr (obersächsisches Kirchenrecht) u. a. Stephani (Grundzüge der evangelisch-protestantischen Kirchenverfassung (Leipzig 1817) S. 7) beruft sich wieder auf Luther's Verbrennung des corpus iuris gegen dasselbe.

155) Glück, praecognita §. 59. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 385.

Rechtes befördert. Die Verbindung Teutschlands mit Italien, wo seit dem zwölften Jahrhunderte das Studium des römischen Rechtes wieder eifriger betrieben wurde, trug dazu bei, dasselbe in Teutschland selbst zu besonderer Anerkennung zu bringen. So wurde das Corpus iuris civilis durch die Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung neben dem Corpus iuris canonici Quelle des gemeinen Rechtes in Teutschland. Während die römisch-katholische Kirche es zur Ergänzung der kanonischen Vorschriften brauchte, setzte sie es natürlich dem corpus iuris canonici nach, wogegen der Staat in nicht wenigen Fällen das umgekehrte Verhältniß eintreten ließ. Was insbesondre die evangelische Kirche betrifft, so hat diese nach dem Vorgange der Reformatoren[156]) meistens das römische Recht höher gestellt, wie vor allen im Eherechte, indem man die Consequenzen des Sacramentes der römisch-katholischen Kirche durch die Benutzung des römischen Rechtes zu vermeiden im Stande war[157]).

Zu den gemeinsamen Quellen gehören ferner

D. Die teutschen Reichsgesetze[158]). Es sind theils die beide Religionsparteien in Teutschland betreffenden Religionsverträge, theils andere Reichsgesetze seit dem sechszehnten Jahrhundert, so lange als das teutsche Reich bestand, stets als eine verbindliche Rechtsnorm anerkannt und angewendet worden. Zu jenen gehören vor allen der Passauer Vertrag von 1552, der Augsburger Religionsfriede von 1555 und der Westphälische Friede von 1648, zu diesen die die Religion berührenden Reichsabschiede, namentlich der Nürnberger Executionsreceß von 1649, der jüngste Reichsabschied von 1654, die Wahlcapitulationen u. a. m. Noch in der letzten Wahlcapitulation wiederholte Kaiser Franz II. im Artikel IV, §. 13: „Absonderlich sollen und wollen Wir dasjenige, was zu Münster und Osnabrück zwischen Unseren Vorfahren am Reich, dem heiligen Römischen Reich, und sämmtlichen Kurfürsten, Fürsten und Ständen an einem, dann denen mitpaciscirenden Kronen am anderen Theil gehandelt und geschlossen worden, ohnverbrüchlich halten, dawider weder vor Uns etwas vornehmen, noch anderen dergleichen zu thun gestatten, wodurch dieser allgemein immerwährende Friede und wahre aufrichtige Freundschaft gekränkt, betrübt oder gebrochen werde." Der päbstliche Protest gegen diesen Frieden konnte demselben daher in keiner Weise Abbruch thun[159]), ebensowenig wie dem

156) M. s. z. B. Luther's Tischreden (Walch, Luther's Werke Bd. XII, S. 2192): „Sprich, was recht ist, nicht aus päbstlichen, sondern nach kaiserlichen Rechten, die dem natürlichen Rechte gemäß, und wider Gottes Wort nicht sind."

157) Eichhorn, teutsche Rechtsgeschichte Bd. IV, §. 557.

158) Glück, praecognita §. 17—22. Weber, sächsisches Kirchenrecht a. a. O. I, 1, §. 14. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 380 flg.

159) Der Protest ist in der Bulle: Zelus Domus Dei Innocenz X. vom 20. November 1648 enthalten (Bullarium Magn. ed. Luxemburg Tom. V. Fol. 466 sq.) Darüber äußert Walter, Kirchenrecht §. 113, N. p. „Die päbstliche Protestation war nur eine Verwahrung, die der Pabst seiner Stellung und

Reichsdeputationsreceß vom 25. Februar 1803. Dagegen ist nicht selten behauptet worden, daß durch die Rheinbundacte vom 12. Juli 1806 wie alle Reichsgesetze, so auch die hier erwähnten, ihre Geltung verloren hätten. Dies ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig, denn wenn auch die Reichsgesetze als solche in dem nicht mehr vorhandenen Reiche nicht fortbestehen konnten, so war damit doch nicht ihre Aufhebung in den einzelnen teutschen Territorien erfolgt, in welchen sie zur Geltung gelangt waren. So dauerten sie dann auch ferner als Landesgesetze fort und bestehen als solche auch jetzt noch, soweit nicht durch die spätere, von den früheren Beschränkungen frei gewordene Gesetzgebung Aenderungen eingetreten sind[160]). Daher gilt auch jetzt noch der westphälische Friede, dessen Autorität rücksichtlich des Normaljahres selbst von Seiten Frankreichs während des Abschlusses des Rheinbundes anerkannt wurde[161]) und hinsichtlich des Religionsexercitiums auch durch Artikel XVI der teutschen Bundesacte nicht alterirt ist. Eine wichtige gemeinschaftliche Quelle werden hiernach

E. Die teutschen Partikularrechte. Der größte Theil derselben bezieht sich auf die einzelnen Confessionen selbst und ist deshalb weiter unten zu berücksichtigen. An dieser Stelle sind nur zu erwähnen die allgemeinen Landesgesetzgebungen, welche den gesammten Religionszustand eines Staates normiren, und die einzelnen Staatsgrundgesetze, insbesondre die neuen Verfassungsurkunden. Einer Aufzählung derselben bedarf es nicht, da dieses bereits in der Darstellung der Rechtsverhältnisse der einzelnen Länder in diesem Werke geschehen ist.

F. Das Gewohnheitsrecht[161a]).

II. Die besonderen Quellen für das Kirchenrecht der beiden Confessionen in Teutschland.

1) Die eigenthümlichen Quellen des Kirchenrechtes der römisch-katholischen Kirche.

A. Die Concilien, insbesondre das von Trient[162]). Die Schlüsse der Concilien bilden eine wichtige Quelle des römisch-

---

seinem Gewissen schuldig war, die jedoch in die äußere Rechtsordnung nirgends mehr störend eingreifen kann. Dieses erkennen auch Mitglieder des römischen Hofes an." Vgl. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. I, §. 48.

160) Inwieweit dies in Betreff des ius reformandi, der Einführung eines unschädlichen Simultaneums u. s. w. geschehen, ist im Artikel: Staat und Kirche nachzuweisen.

161) S. die Belege bei J. S. Klüber, völkerrechtliche Beweise für die fortwährende Giltigkeit des westphälischen oder allgemeinen Religionsfriedens (Nürnberg 1841) Beilage 5, S. 73 flg.

161a) Vgl. den Artikel in Bd. IV, S. 836 flg.

162) Vgl. den Art. Kirchenversammlungen Bd. VI, S. 149 flg. Glück, praecognita §. 69—71.

katholischen Kirchenrechtes, doch fließt dieselbe seit dem siebenzehnten Jahrhunderte nicht mehr so reichlich als früher. Das letzte allgemeine Concil von Trient (1545—1563) schließt und befestigt das System der katholischen Kirche nach allen Seiten. Es besteht aus 25 Sessiones, welche mit näherer Bezeichnung des Gegenstandes citirt werden. In den einzelnen Sitzungen sind die Materien, welche sich auf den Glauben und die Lehre beziehen, von denjenigen, welche die Disciplin und Verwaltung betreffen, gesondert. Jene sind unter der Rubrik doctrina zusammengefaßt und zerfallen in capita und canones, von denen die letzteren das Verwerfungsurtheil über die entgegengesetzte Lehre, vornämlich der Protestanten, mit einem anathema sit aussprechen. Die Bestimmungen über Disciplin bilden einen Abschnitt unter dem Titel decretum de reformatione und zerfallen in capita. Authentische Erklärungen, soweit sie die Disciplinarvorschriften betreffen, gehen von der Congregatio Cardinalium Conc. Tridentini interpretum aus [163]). Die wichtigen Entscheidungen derselben sind gesammelt von Zamboni (collectio declarationum etc. Viennae etc. 1812 sq. 8. Tom. 4.) und in dem Thesaurus resolutionum S. Congregationis Concilii. Urbini et Romae 1739—1843 in 103 Bänden (umfaßt die Erlasse seit 1718). Ein Nachdruck erschien zu Venedig und besteht (bis zum Jahre 1732) aus 32 Bänden. Eine sehr empfehlenswerthe Ausgabe des Tridentinums, mit Benutzung des officiellen thesaurus u. s. w. erschien von Schulte und Richter, Lipsiae, Bernh. Tauchnitz 1853.

B. Die Gesetze des Pabstes und der Curie. Außer den päbstlichen Constitutionen, Bullen und Breven, von welchen in besonderen Artikeln Band II, S. 483 flg., 501 flg. die Rede gewesen ist [164]), gehören hierher die den Cultus betreffenden päbstlichen Schriften (s. den Artikel Gottesdienst Bd. IV, S. 860), sowie die Canzleiregeln [165]). Es sind Instructionen des Pabstes für die Regierungsbehörden sowohl rücksichtlich des Geschäftsganges, als der Grundsätze, welche sie innerhalb des ihnen zugewiesenen Ressorts zu befolgen haben. Sie beziehen sich daher insbesondre auf die Expeditionen päbstlicher Erlasse, die Verleihung der Beneficien, welche der Curie vorbehalten sind (regulae reservatoriae), auf die Zulässigkeit von Appellationen und andere processualische Angelegenheiten (regulae iudiciales) u. a. Der Ursprung der die Form der Bullen u. s. w. betreffenden Regeln hängt mit der Entstehung derselben zusammen (s. die betr. Artikel); die

163) Vgl. den Artikel Cardinäle B. II, S. 570.

164) M. s. außerdem den Artikel Pabst Bd. VII, S. 724, Placet Bd. VIII.

165) S. Le Bret, Geschichte der römischen Canzleiregeln, in desselben Magazin zum Gebrauch der Staaten- und Kirchengeschichte, Bd. II (Frankfurt und Leipzig 1772) S. 605 flg. Bd. III (1773) S. 3 flg. Glück, praecognita §. 72. Phillips, Kirchenrecht Bd. IV, S. 488 flg.

regulae reservatoriae datiren seit der Einführung der päbstlichen Vorbehalte durch Johann XXII. 1317 und Benedict XII. 1335. Da die Reservationen derselben aber nur für ihre Lebenszeit aufgestellt waren, bedurfte es einer Erneuerung durch ihre Nachfolger und so bildete sich überhaupt der Gebrauch, die über die Vorbehalte gegebenen Regeln, sowie die übrigen diesen nachgemachten Grundsätze immer nur als für die Regierungszeit des einzelnen Pabstes erlassen anzusehen. Die Canzleiregeln bedürfen daher der Bestätigung jedes Pabstes, welche ordentlicher Weise sofort am Tage nach der Wahl erfolgt. Seit Nicolaus V. († 1450) sind sie im ganzen so gestaltet, wie sie noch gegenwärtig gelten. Die feststehende Zahl derselben beläuft sich auf 72 [166]). Ihre beschränkte Geltung in Teutschland beruht auf der besonderen Reception und auf den Concordaten [167]). Allgemein anerkannt ist reg. XXXVI de triennali possessore, nach welcher einem Beneficiaten das rechtmäßig erworbene Kirchenamt, welches er drei Jahre lang besaß, nicht mehr bestritten werden darf, da dieser Grundsatz mit dem Basler Concil (sess. XXI. c. 2) und den in Teutschland acceptirten Basler Decreten (tit. X. de pacificis possessoribus) übereinstimmt. Dagegen gelten nur in einzelnen Diöcesen reg. XIX. de viginti, nach welcher der resignirende Beneficiat vom Tage der Resignation noch 20 Tage leben muß, damit nicht die Stelle als durch den Tod erledigt betrachtet werden könne; die reg. XX. de idiomate, daß der Beneficiat der Sprache des Landes mächtig sein muß, in welchem ihm eine Stelle übertragen werden soll; reg. XXXV. de annali possessore, nach welcher gegen einen Beneficiaten, der seine Stelle schon ein Jahr inne hatte, und dem sie entzogen werden soll, die Klage wohl fundirt binnen sechs Monaten erhoben und innerhalb eines Jahres erledigt werden muß [168]).

Nicht unwichtig sind auch die Entscheidungen der Congregationen der Cardinäle, welche, wenn ihre Authentie feststeht, und wenn sie innerhalb des Ressorts interpretativ und comprehensiv, oder mit Genehmigung des Pabstes dispensativ und extensiv

---

166) Sie sind oft gedruckt, wie in Gaertner's Corpus iuris eccl. Catholicorum Tom. II. p. 457 sq., zuletzt in dem Bullarium ed. Barbéri. Rom. 1835. Verb. I. B. Riganti, commentaria in regulas, constitutiones et ordinationes Cancellariae apostolicae, Rom. 1744. 4. Tom. Fol. Colon. 1751.

167) Glück l. c. N. 5, 6. Permaneder, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. I, §. 185.

168) Die Geltung der reg. de idiomate, viginti und triennali possessione behaupteten für Teutschland schlechthin die drei geistlichen Kurfürsten in den 1769 dem Kaiser überreichten Beschwerden art. VI. (Gaertner, corp. iuris cit. Tom. II. p. 335). Gegen die anderen waren bereits die Gravamina von 1522 und 1523 Nr. 20 gerichtet (a. a. O. S. 169).

sind, kirchliche Verbindlichkeit erzeugen[169]). Die Entscheidungen der Rota Romana haben nicht den Anspruch auf allgemeine Autorität[170]).

C. Concordate und Circumscriptionsbullen[171]).

D. Partikulares Recht. Die Universalität, welche die römische Kirche als die katholische für sich in Anspruch nimmt, rechtfertigt die Zulassung von Partikularitäten so weit, als das unabänderliche Princip der Katholicität und Einheit der Kirche darunter nicht leidet. Daher besteht ein höchst mannigfaltiges Recht in den einzelnen Landeskirchen, Diöcesen und kleineren Districten. Die Bischöfe haben für ihre Diöcese ein Gesetzgebungsrecht, das sie theils allein, theils in Gemeinschaft mit dem Capitel oder den zu einer Synode berufenen Geistlichen ausüben[172]). Die Capitel haben kraft der ihnen zustehenden Autonomie das Recht, statutarische Bestimmungen zu treffen, welche aber nach neueren Vorschriften der bischöflichen Bestätigung bedürfen[173]). Auch anderen kirchlichen Corporationen steht nach Gesetz oder Gewohnheit die Befugniß zu, Statuten für sich zu entwerfen, welche von den geistlichen Oberen oder dem Staate bestätigt werden müssen, desgleichen nach eigenen Observanzen sich zu richten. Hierher gehören endlich auch diejenigen bürgerlichen Gesetze, welche sich auf die Verhältnisse der katholischen Kirche allein beziehen, besonders solche, welche zur Ausführung der neueren Staatsgrundgesetze, zur Auseinandersetzung des Staates und der Kirche ergangen sind, wie für Oesterreich vom 18. und 23. April 1850, für Preußen und Posen die Regulative vom 25. Mai und 19. November 1850, für Baden vom 1. und 5. März 1853, für Bayern vom 8. April 1852 u. a. m.

2) Die eigenthümlichen Quellen des Kirchenrechtes der evangelischen Kirche.

Die evangelische Kirche hat nicht, wie die römisch-katholische, ein allgemeines sichtbares Oberhaupt und kein Organ, von welchem allgemein bindende Satzungen für sie ausgehen könnten; sie zerfällt in Landeskirchen, deren jede ihre besondere Verfassung und ihr eigenes Recht besitzt. Demungeachtet hat es von Anfang an nicht an einer gewissen Uebereinstimmung in allen denjenigen Punkten und Angelegenheiten gefehlt, welche die Evangelischen für wesentlich und fundamental halten, dem Bekenntnisse und bestimmten Principien der Organisation.

---

169) S. Fagnani, commentar. Decretalium ad tit. de constit. (Tom. I. p. 119). Wegen der Autorität der Decreta congregationis rituum s. m. insbes. Probst, Verwaltung der hochheiligen Eucharistie (Tübingen 1853) §. 7, S. 18 flg.

170) S. beim Art. Pabst Bd. VII, S. 732.

171) S. den Artikel Bd. II, S. 759 flg.

172) S. den Art. Bischof Bd. II, S. 224, 225.

173) S. den Art. Canonicus Bd. II, S. 556.

Daher giebt es auch ein gemeines evangelisches Kirchenrecht, welches sich vornämlich auf die Symbole und die Harmonie der ältesten Kirchenordnungen stützt. Das Partikularrecht ist zwar wegen der Selbstständigkeit der Landeskirchen bei weitem reicher, als das der katholischen Kirche; indessen ist auch das evangelische Territorialrecht kein absolut freies, da, beim Mangel einer äußerlich bindenden Macht, doch die das evangelische Princip vertheidigende öffentliche Meinung und der Ausspruch der Wissenschaft und freier Associationen stark genug ist, um eine Remedur wirklicher Verletzungen des Geistes der evangelischen Kirche herbeizuführen [174]).

A. Die Bekenntnißschriften der evangelischen Kirche. Die Bekenntnisse, Symbole der Evangelischen stehen nach Ursprung, wie nach ihrem Inhalte in einer wesentlichen Einheit, denn sie sind sämmtlich nur Zeugnisse über die heilige Schrift, als ihre Quelle, sie sind testimonia creditorum, nicht norma credendorum. Da sie aber Glaubenszeugnisse sind, werden sie eine norma docendorum und insofern ein Mittel zu rechtlicher Beurtheilung der kirchlichen Beamten [175]). Die Uebereinstimmung im Inhalte besteht im wesentlichen darin, daß sie die heilige Schrift als alleinige endgiltige Autorität anerkennen (sog. formales Princip), und daß sie die Rechtfertigung der Menschen vor Gott durch den Glauben und nicht durch glaubenslose Werke (sog. materiales Princip) vertheidigen. In rechtlicher Beziehung tritt die Bedeutsamkeit der Symbole vorzüglich hervor in der Feststellung des Verhältnisses des Amtes zur Gemeinde, der Gemeinde zu ihren Mitgliedern und zur Kirche im ganzen, des Staates zur Kirche, der Kirchengewalt zur Gewissensfreiheit u. a. [176]). Lutherischer Seits sind allgemein anerkannt: 1) die Augsburgische Confession von 1530 [177]); 2) deren Apologie von 1531; 3) die Schmalkaldischen Artikel von 1537 [178]); 4) Luther's großer und kleiner Katechismus von 1529. Die im Jahre 1577 im Kloster

---

174) Es genüge, in Betreff der Gegenwart, an die Wirksamkeit des teutschen evangelischen Kirchenbundes seit 1848 zu erinnern; desgleichen an die von theologischen und juristischen Facultäten ertheilten Gutachten älterer und neuerer Zeit, wie über die Verhältnisse der evangelischen Kirche in Lippe, Bremen, Oldenburg, der bayerischen Pfalz u. a.

175) Vgl. Bickell, über die Verpflichtung der evangelischen Geistlichen auf die symbolischen Schriften, Kassel 1840 (2. Auflage) und die übrige reiche Literatur bei Richter, Kirchenrecht §. 227.

176) M. s. Jacobson, Grundlagen der Verfassung der evangelischen Kirche nach den Zeugnissen aus dem Zeitalter der Reformation, in Schneider's teutscher Zeitschrift für christliche Wissenschaft und christliches Leben, Berlin 1852, Nr. 10—13. Desselben, Ueber die Gründe der Verschiedenheit der lutherischen und reformirten Kirchenverfassung, daselbst Nr. 49—51.

177) S. Pütter, Literatur des teutschen Staatsrechtes Bd. III, S. 62—65. Klüber's Fortsetzung S. 127. Den Versuch einer Herstellung des ursprünglichen Textes s. m. bei Ranke, teutsche Geschichte Bd. VI, S. 186 flg.

178) Ranke a. a. O. Bd. VI, S. 215 flg.

Bergen bei Magdeburg entworfene Concordienformel (das Bergische Buch), gedruckt 1580, ist dagegen in Braunschweig, Nürnberg, am Niederrhein, in Schleswig-Holstein u. a. nicht recipirt worden[179]). Reformirter Seits ist theilweise die Augsburgische Confession von 1530 oder die von Melanthon revidirte von 1540 (A. C. variata) angenommen[180]); ferner der von Caspar Olevian und Zacharias Ursinus bearbeitete Heidelberger (Pfälzer) Katechismus von 1563, die Confessio Marchica (Sigismundi) von 1613, das Colloquium Lipsiense von 1631, die Declaratio Thoruniensis von 1645 u. a. Die Confessio Gallicana von 1559 ist auch mehrfach in Teutschland recipirt[181]).

Gesammtausgaben der symbolischen Bücher sind für die Lutheraner: Concordia, christliche wiederholte einmüthige Bekenntniß u. s. w., Dresden 1580. Desgleichen cura Adami Rechenberg, Lipsiae 1677. 1756. Teutsch und lateinisch von Walch, Jena 1750. Neuere Ausgaben von Tittmann, Misen. 1818 und 1828. Hase, 1828. ed. III. 1845. Müller, teutsch und lateinisch, Stuttgart 1847. Besondere Ausgaben giebt es außerdem für einzelne Landeskirchen (Corpus doctrinae Prutenicae, corpus Philippicum u. a.) Die Symbole der Reformirten sind zusammengestellt von Theodor Beza, Harmonia confessionum etc., Genevae 1581. 4.; von Georg Laurentius, Corpus et syntagma confessionum fidei etc., Genevae 1612 u. 1654. 4. Während in diesen beiden Sammlungen auch die Bekenntnisse der lutherischen Kirche zum Theil mit aufgenommen sind, finden sich die reformirten allein in Augusti, Corpus librorum symbolicorum, qui in ecclesia Reformatorum auctoritatem obtinuerunt, Bonn 1827. ed. II. Lipsiae 1846. Niemeyer, collectio confessionum in ecclesiis reformatis publicatarum, Lipsiae 1840. Auch für Teutschland wichtig ist die Ausgabe der reformirten Symbole der niederländischen Kirche von Vinke, Traiect. ad Rhen. 1846 (libri symbolici ecclesiae Nederland.). Teutsche Uebertragungen sind herausgegeben von Meß, Neuwied 1827 flg. 3 Bde., von Beck, Neustadt a. d. O. 1831, 1846, 2 Bde., von Böckel, Leipzig 1847.

B. Conclusa Corporis Evangelicorum[182]).

---

179) Planck, Geschichte des protestantischen Lehrbegriffes Bd. VI, Abth. I, S. 371 flg.

180) Köllner, Symbolik der lutherischen Kirche S. 358 flg.

181) Gegen die oft geäußerte Meinung, als ob die reformirte Kirche überhaupt keine verpflichtenden Symbole habe, s. m. Gutachten der theologischen Facultät der Universität Heidelberg über den durch Pastor R. Dulon angeregten Kirchenstreit in Bremen, herausgegeben von Daniel Schenkel, Heidelberg 1852.

182) Vgl. den Art. Corpus Evangelicorum Bd. III, S. 79 flg, bes. S. 82. Dazu füge man noch Augusti, Erinnerung an das Corpus Evangelicorum, in desselben Beiträgen zur Geschichte der Statistik der evangelischen Kirche Heft III (Leipzig 1838) Nr. X, S. 613—681.

C. Die Kirchenordnungen. Die Reformation in denjenigen Ländern, in welchen die christliche Obrigkeit sich der Veränderung anschloß, begann nach den ersten Anfängen mit allgemeinen Visitationen oder mit dem Erlasse eines Mandates, welches die Predigt und Verwaltung des Gottesdienstes in der von den Reformatoren empfohlenen Weise anordnete. Auch zum Behufe der Visitation wurde eine entsprechende Instruction oder ein Mandat gegeben, welche je nach der Besonderheit der Gegenstände von Theologen und Juristen ausgearbeitet und von der Obrigkeit approbirt wurden. Diese Verordnungen wurden dem erkannten Bedürfnisse gemäß später ergänzt und zu umfassenden Kirchenordnungen erweitert, welche sowohl über die Lehre, als über den Cultus, die Disciplin, die Verwaltung der Kirchengüter und andere das gesammte Kirchenwesen betreffende Einrichtungen, Bestimmungen enthalten. Die Kirchenordnungen bestanden nun gewöhnlich aus zwei Theilen, von denen der erste die Credenda, die Lehre, der zweite die Agenda, die Liturgie, Besetzung der Kirchenämter, Verhältnisse der geistlichen Oberen, Visitation, Disciplin, Ehesachen, Schulordnung, Rechte und Freiheiten der Kirchen- und Schuldiener, Verwaltung der Kirchengüter behandelt. Die Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhundertes lassen sich dieser Andeutung entsprechend auf folgende Klassen und Familien zurückführen.

1) Das Mandat des Markgrafen Casimir von Brandenburg-Ansbach von 1526[183]) ist die Grundlage für die Kirchenordnung des Herzogthums Cleve von 1532, Nassau von 1532.

2) Der von Melanthon und Luther bearbeitete: Unterricht der Kirchenvisitatoren an die Pfarrherren im Kurfürstenthum Sachsen, Wittenberg 1528 ist die Grundlage der von Johann Bugenhagen verfaßten Kirchenordnung der Stadt Braunschweig. Daran schließen sich ebenfalls die von Bugenhagen redigirten Kirchenordnungen von Hamburg 1529, Lübeck 1531, Pommern 1535, Schleswig-Holstein 1542. Diesen nachgebildet sind die von Minden 1530, Göttingen 1530, Soest 1532, Wittenberg 1533, Halle 1541, Bremen 1534, Braunschweig-Wolfenbüttel 1543, Hildesheim 1544, Bergedorf 1544 u. a.[184]).

3) An die Artikel des Visitationsconventes zu Schwabach und die Visitationsordnung des Markgrafen Georg von Brandenburg 1528, welche aus dem sächsischen Unterrichte von 1528 mehreres entlehnt hat, schließt sich die Kirchenordnung der Lande des Markgrafen zu Brandenburg und der Stadt Nürnberg 1533. Diese ist wiederholt in

---

183) Seckendorf, historia Lutheranismi lib. II. §. 17. nr. 1. 2. p. 49.

184) C. F. Jäger, die Bedeutung der älteren Bugenhagen'schen Kirchenordnungen für die Entwickelung der teutschen Kirche und Cultur, in Ullmann und Umbreit theologische Studien und Kritiken 1853, H. II, S. 457—519.

den Kirchenordnungen von Mecklenburg 1540, Brandenburg 1553; außerdem ruhen darauf die Kirchenordnungen von Würtemberg 1536, Brandenburg 1540, Braunschweig-Lüneburg 1542, Hall 1543, Schweinfurt 1543, Pfalz 1543, Cöln 1543, Waldeck 1556, Erbach 1560, Pfalz 1563, Oesterreich 1571, Hohenlohe 1577 u. a. Aus einzelnen derselben sind dann wieder andere hervorgegangen, so daß eine Verwandtschaft und wesentliche Uebereinstimmung fast aller Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhundertes nachweisbar ist[185]). Dies ist erst möglich geworden durch folgende Sammlung: Die evangelische Kirchenordnung des sechszehnten Jahrhundertes. Urkunden und Regesten zur Geschichte des Rechtes und der evangelischen Kirche in Teutschland. Herausgegeben von L. A. Richter, Weimar 1846, 2 Bde. 4.[186]).

Ein großer Theil dieser älteren Kirchenordnungen ist noch jetzt in ihrer ursprünglichen Gestalt in Geltung. Viele derselben sind später revidirt, im wesentlichen aber unverändert geblieben; doch ist es seit dem achtzehnten Jahrhunderte üblicher geworden, die Agenda im engeren Sinne, als den liturgischen Theil der Kirchenordnung von den übrigen kirchlichen Bestimmungen zu sondern und selbstständig zur Publication zu bringen.

Manche Kirchenordnungen, besonders reformirte, sind das Ergebniß der Synodalverhandlungen, bald kraft eigener Autonomie erlassene Synodalschlüsse, bald von der Obrigkeit sanctionirt und dann als Kirchengesetz befolgt[187]).

Den Anfang einer Sammlung auch späterer Ordnungen bildet das: Corpus iuris Evangelicorum ecclesiastici von I. I. Moser, Züllichau 1737, 1738, 2 Bde. 4. Ein Verzeichniß giebt Koenig, bibliotheca Agendorum, Zelle 1726. Feuerlin, bibliotheca symbolica evangelica. ed. II. Nürnberg 1768.

Die Kirchenordnungen enthalten gewöhnlich zugleich die Normen für die Consistorien, Superintendenten u. s. w.; doch sind auch häufig besondere Ordnungen und Instructionen für dieselben außerhalb der allgemeinen Kirchenordnung vom Inhaber der Kirchengewalt erlassen; in ähnlicher Weise wie Eheordnungen, Schulordnungen u. a.

D. Erlasse der kirchlichen Behörden. Innerhalb des ihnen gesetzlich zustehenden Ressorts können die kirchlichen Behörden,

---

185) Dieses ist die beste Widerlegung der Behauptung von Buß, die Methodologie des Kirchenrechtes, Freiburg im Breisgau 1842 S. 170. „Einen gemeinsamen positiven Grund und Mitte haben alle protestantischen Kirchenrechte nicht ... Es ist das gemeinsame protestantische Kirchenrecht eher ein vergleichendes, als ein gemeines zu nennen."

186) M. s. auch: Die Kirchenordnung der evangelisch-lutherischen Kirche Teutschlands in ihrem ersten Jahrhunderte, Berlin 1824.

187) Beispiele s. m. in Jacobson, Geschichte der Quellen des evangelischen Kirchenrechtes der Provinzen Rheinland und Westphalen, Königsberg 1844, und in dem dazu gehörigen Urkundenbande.

als Vertreter des landesherrlichen oder obrigkeitlichen Kirchenregimentes, oder als Organe der unter der Staatsaufsicht sich selbstständig verwaltenden Kirche besondere Verordnungen erlassen. Also das Cultusministerium, der Ober-Kirchenrath, das Ober-Consistorium, Provinzial-Consistorium, Superintendenten, die Synoden oder deren Moderamen u. a. Dergleichen Verordnungen ergehen bald einzeln an die untergeordneten Geistlichen, bald in besonderen Verordnungsblättern. Seit 1852 werden die wichtigeren derartigen Erlasse durch das in Stuttgart erscheinende: Allgemeine Kirchenblatt für das evangelische Teutschland veröffentlicht.

E. Statutarisches Recht[188]). Vermöge ihres Rechtes der Autonomie können kirchliche Corporationen, Stifter, Gemeinden sich Statuten entwerfen, welche bald überhaupt, oder doch wenigstens dann der höheren Bestätigung bedürfen, wenn sie auch von dritten Personen respectirt werden sollen. Was insbesondre die statutarischen Bestimmungen einzelner Gemeinden betrifft, so dürfen dieselben niemals Verfügungen über Institute enthalten, welche den Kreis der Thätigkeit der Gemeinde überschreiten und ein Gemeingut der ganzen Kirche oder eines größeren Theiles derselben berühren.

F. Bürgerliches Recht. Auch da, wo sich die evangelische Kirche in engerer Verbindung mit dem Staate befindet, werden sich doch immer die von den kirchlichen und weltlichen Organen ausgehenden Vorschriften unterscheiden lassen. Die Grenzen der Einwirkung der bürgerlichen Gesetze auf die Kirche und ihre Einrichtungen sind gewöhnlich durch die Verfassung des einzelnen Landes selbst bestimmt. Insbesondre kommen dabei eigene Landesprivilegien, Reversalien, Verträge, Verfassungsurkunden und specielle Gesetze in Betracht, wegen deren auf die Darstellung der Rechtsverhältnisse der einzelnen teutschen Länder in diesem Werke hingewiesen werden muß[189])

H. F. Jacobson.

Quellen des römischen Rechtes[1]). Das römische Recht hatte natürlich zur Zeit des Bestehens des römischen Reiches in allen dessen Theilen Geltung. Es behielt dieselbe zum Theile auch nach dem Untergange des Reiches im Abendlande, wenngleich im beschränkteren Umfange, als früher. Seit dem 12. Jahrhunderte erhielt es durch das in Italien neuerwachte wissenschaftliche Streben nach und nach in vielen Ländern Europa's ein viel größeres und allgemeineres Ansehen, als es früher gehabt hatte, und bildet die Hauptgrundlage des neueren Rechtes,

---

188) Vgl. Weber, systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, §. 12 (der ersten Auflage).

189) Im allgemeinen s. m. Glück, praecognita §. 66. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 425, 426.

1) Eine Aufzählung der über diesen Gegenstand handelnden Schriften ist überflüssig, da in jeder Geschichte des römischen Rechtes die Literatur angeführt ist. Bei den einzelnen Quellen wird die Literatur angeführt werden.

namentlich in Teutschland. Die gesetzliche Quelle des römischen Rechtes in Teutschland sind die im 6. Jahrhunderte unserer Zeitrechnung von dem oströmischen Kaiser Justinian publicirten Gesetzbücher, welche daher auch in der Uebersicht der Quellen den Hauptgegenstand bilden. Sie weisen aber durch ihre Beschaffenheit, nur die Novellen ausgenommen, auf das ältere Recht und dessen Bildung hin. Daher sind die Hauptbestandtheile, aus denen das römische Recht entstanden ist, vor der Beschreibung jener justinianeischen Gesetzbücher kurz zu erwähnen.

A. Kurze Darstellung der Rechtsquellen vor Justinian. 1) Aelteres Recht vor den zwölf Tafeln. Die Hauptquelle des Rechtes in der Zeit vor der Decemviralgesetzgebung war Gewohnheitsrecht; ob dasselbe je nach den verschiedenen Volksstämmen und Ständen verschieden gewesen und in dieser Verschiedenheit zur Anwendung gekommen sei, ist bestritten [2]); doch weist der auch in privatrechtlicher Hinsicht sich zeigende Unterschied der Stände auf Verschiedenheit des Gewohnheitsrechtes hin. Außerdem werden Gesetze der Könige (leges regiae) erwähnt und mehrere derselben bestimmt einzelnen Königen zugeschrieben; es beruht dies aber mehr auf Ueberlieferung, als auf urkundlichen Nachrichten [3]). Auch wird eine alte Sammlung der königlichen Gesetze von S. Papirius unter dem Namen ius civile Papirianum erwähnt [4]), über deren Entstehungszeit und Umfang Zweifel herrschen, die durch die historischen Zeugnisse nicht beseitigt werden.

2) Gesetz der zwölf Tafeln. Die erste zuverlässige Grundlage des römischen Rechtes ist die in der Mitte des 5. Jahrhundertes v. Chr. entstandene Gesetzgebung der zwölf Tafeln (lex duodecim tabularum), veranlaßt durch Mißverhältnisse, welche durch die Ungleichheit des Rechtes der beiden Stände, Patricier und Plebejer, entstanden waren, und daher vorzüglich auf Verschmelzung der Stände durch Gleichheit des Rechtes berechnet. Die Hauptquelle waren weniger Gesetze und Einrichtungen griechischer Staaten, als vielmehr das eigene Gewohnheitsrecht, welches aufgezeichnet und durch Entfernung derjenigen Verschiedenheiten, welche den Zwiespalt der beiden Stände so schroff gemacht hatten, zu einem allgemeinen Gesetze erhoben wurde. Die Urtheile der späteren Schriftsteller darüber lauten sehr günstig [5]). Die ursprüngliche Urkunde ging bei der Eroberung Roms durch die Gallier verloren [6]), ist aber jedenfalls restaurirt worden, vielleicht mehrmals.

---

2) Niebuhr, röm. Geschichte Bd. II, S. 315 flg. Göttling, neue Staatsverfassung S. 71 flg.

3) Dirksen, Uebersicht der Versuche zur Critik und Herstellung von den Ueberbleibseln der Gesetze der röm. Könige, in dessen Vers. z. Crit. u. Ausl. der Quellen d. röm. Rechtes Nr. VI.

4) Dionys. Halic. (3. 36.) L. 2. §. 2. 36. D. (1. 2.) Macrob. Saturn. (3. 11.)

5) Cic. de orat. (I. 34.) Liv. (3. 34.) Tac. Ann. (3. 27.)

6) Liv. (6. 1.) erzählt, man habe sie zusammensuchen müssen. Ob sie gefunden wurde, ist unbekannt.

Noch zu Cyprian's Zeit sollen die zwölf Tafeln urkundlich vorhanden gewesen sein[7]), und der Glossator Odofredus erzählt, daß noch zu seiner Zeit zwei Tafeln existirt haben[8]). In zahlreichen Abschriften waren sie verbreitet und wurden schon von der Jugend dem Gedächtnisse eingeprägt[9]). Sie fanden schon zur Zeit der Republik Commentatoren[10]); aus der Kaiserzeit ist der Commentar von Gajus bekannt, von dem noch Bruchstücke in den Pandecten vorhanden sind. Neuere Gelehrte haben vielfach den alten Text der zwölf Tafeln wiederherzustellen versucht, wobei häufig und nur zu sehr die Nachbildung des Cicero in den Büchern de legibus zum Muster gedient hat[11]).

3) Leges, Senatusconsulta, Plebiscita. Zu der Zeit, als die republikanische Verfassung ausgebildet war, ging die Gesetzgebung wesentlich vom Volke aus. Unbestritten war die allgemeine Verbindlichkeit der in den Centuriatcomitien gefaßten Beschlüsse (leges centuriatae, Populiscita), weil diese das ganze Volk umfaßten. Die Beschlüsse der Curien (leges curiatae) verpflichteten nur die Patricier, welche in den Curien stimmten, die Beschlüsse der Tribus (leges tributae, Plebiscita) anfangs nur die Plebejer, welche in den Tribus stimmten, bis durch die lex Hortensia v. J. der Stadt 465 ihnen gleiche Kraft mit den Beschlüssen der Centurien beigelegt wurde[12]). Die leges curiatae sanken später zu einer bloßen jedoch nothwendigen Förmlichkeit herab. Das Ansehen der Beschlüsse des Senates (Senatusconsulta) als eigentlicher Rechtsquelle zu Zeiten der Republik ist bestritten[13]), doch

---

7) Cyprian, de gratia dei lib. II. ep. 4.

8) Odofredus, in Dig. vet. ad L. 6. D. (1. 1.)

9) Cic. de leg. II. (4. 23.)

10) Als solche werden genannt: 1) Sextus Aelius Catus, dessen Tripartita den Text, dessen Erklärung und die daraus abzuleitenden Klagformeln, legis actiones, enthalten haben sollen; L. 2. §. 38. D. (1. 2.) 2) L. Acilius. Cic. de leg. (II. 23.) 3) Valerius Messala, der von dem vielleicht eine exploratio XII tabularum herrührt; Fest. v. Pecunia. v. Sanates. v. Tuguria. 4) Servius Sulpicius Rufus. Fest. v. Sarcito. v. Vindiciae. L. 237. D. (50. 16.) 5) Antistius Labeo. Gell. I. 12. VII. 15. XX. 1.

11) Ueber diese Restitutionsversuche s. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Critik und Herstellung des Zwölftafelgesetzes, Leipzig 1824, worin auch eine eigene Restitution des Textes und der Anordnung der zwölf Tafeln gegeben wird. Unter den früheren Restitutionsversuchen hat der von Iac. Godofredus, Fragm. duod. tabul. suis nunc primum tabulis restituta, Heidelberg 1616 und in dessen Fontes quatuor iuris civilis in unum collecti, Genev. 1653 den meisten Beifall gefunden. Nach Dirksen sind zu erwähnen: Zell, Legum XII tab. fragmenta cum. variar. etc. delectu. Frib. Brisg. 1825. Fischer, Erläut. des Zwölftafelgesetzes mit Rücksicht auf die Bedeutung desselben für das spätere Recht. Einleit. u. Interpret. d. ersten Tafel, Tübingen 1838.

12) Gai., Inst. Comm. I. §. 4.

13) Dafür erklären sich Bach, hist. iur. Rom. (ed. Stockmann) p. 203 sq. Hugo, Gesch. d. r. R. S. 406 flg. Schilling, Bemerkungen dazu S. 116 flg. Zimmern, Gesch. d. r. P. R. Bd. I, S. 75. Dagegen sind Gans, Scholien zu Gajus S. 3 flg. Huschke, magistr. expos. p. 8—12. Wenigstens gegen das Ende des Freistaates legte der Senat seinen Beschlüssen eine eigentliche

war die Praxis dafür. Zur Zeit der Kaiser waren sie von Tiberius bis Caracalla die Hauptrechtsquelle; ihre allgemeine Verbindlichkeit darf man aber nicht auf eine Einrichtung von Tiberius gründen[14]); dieselbe beruht vielmehr nur auf Observanz und hatte darin ihren Grund, daß die Volksversammlungen, als mit der Monarchie nicht wohl vereinbar, allmälig ganz aufhörten. Von allen drei Arten von Rechtsquellen haben sich viele theils durch Denkmäler erhalten[15]), theils durch

---

Gesetzeskraft bei. Indessen war schon zur Zeit der Republik die allgemeine Verbindlichkeit derselben bestritten; die Optimaten behaupteten sie, während die Volkspartei dieselben bestritt. Vgl. Puchta, Institutionen Bd. I, §. 75.

14) Denn die Worte des Tacit. Ann. I. 15: Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt, beziehen sich nur auf Uebertragung des Rechtes der Wahl der Magistrate von dem Volke an den Senat. Hugo, R. G. a. a. O.

15) A. Von Volksschlüssen haben sich erhalten: 1) Bruchstücke der Lex Thoria v. J. 647 d. St., zuletzt herausgegeben von Rudorff, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. X, S. 1—194. 2) Bruchstücke der Lex Servilia repetundarum zwischen 648 und 654 d. St., herausgegeben von Klenze, Fragm. leg. Serviliae repet. Berol. 1825. 3) Bruchstück einer unbekannten Lex (vielleicht Lex Acilia repetundarum) zwischen 654 und 665 d. St., auf der sog. bantinischen Tafel, abgedruckt in Dirksen, Beitr. zur Kunde des röm. Rechtes S. 218 flg. nur herausgegeben von Klenze, im rhein. Mus. f. Philol. Bd. II, S. 28—49 und Mommsen, oscische Studien in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIII, S. 156 flg., 361 flg., 425 flg. 4) Bruchstück einer Lex über die Todtenopfer aus ungewisser Zeit, abgedruckt bei Klenze, Fragm. leg. Servil. Proleg. p. XX. 5) Bruchstück einer Lex über scribae, viatores und praecones (vgl. Mommsen in Richter, crit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. XV, S. 475 flg. Göttling, nova editio leg. de scribis etc. Jen. 1844. Derselbe, funfzehn röm. Urk. S. 7 flg.) 6) Bruchstück eines Plebiscitum (vielleicht v. J. 682 d. St.) über Ertheilung der Rechte einer libera civitas an die Stadt Thermessus in Pisidien, erläutert und abgedruckt in Dirksen, Vers. zur Critik und Ausleg. des röm. Rechtes S. 137—196. Göttling, röm. Urk. S. 12 flg. 7) Bruchstücke der Lex Iulia municipalis v. J. 709 oder 710 d. St., früher gewöhnlich tabula Heracleensis genannt, bestehend aus zwei Bruchstücken Einer Tafel (aes Neapolitanum und aes Britannicum); zuerst ganz abgedruckt in Hugo, civil. Magaz. Bd. III, S. 340—388, dann herausgegeben und erläutert von Marezoll, Fragm. leg. roman. in aversa tabulae Heracleensis parte, Götting. 1816; das aes Neapolitanum gab mit einem Commentar heraus Dirksen, Observ. ad tab. Heracl. partem alteram, quae vulgo aeris Neapolitani nomine venit. Berol. 1817 und dann auch das aes Britannium, Dirksen, civil. Abhandl. Bd. II, S. 144—323. Göttling a. a. O. S. 59 flg. 8) Bruchstück einer Lex (Iulia?) repetundarum (s. Klenze, Fragm. leg. Servil. Proleg. p. 4. not. 5.) 9) Bruchstück einer Lex Pompeia de iudiciis v. J. 699 d. St. (s. Klenze l. c.) 10) Bruchstück der Lex Rubria, welche man früher Lex Galliae cisalpinae nannte, v. J. 712 d. St. oder etwas später, abgedruckt mit teutscher Uebersetzung in Hugo, civil. Magazin Bd. II, S. 431—496, dann herausgegeben von Dirksen, Observ. ad selecta leg. Gall. cisalp. capita. Berol. 1812 und von P. de Lama, Tavola legislativa della Gallia Cisalpina. Parma 1820. 11) Das letzte Stück einer Lex de imperio Vespasiani v. J. 70 n. Chr. sehr oft abgedruckt, z. B. mit Erläuterungen von Cramer, Vespasianus, Jen. 1785 p. 32 sq. Göttling a. a. O. S. 20 flg. 12) Bruchstücke einer Lex über Begräbnisse aus ungewisser Zeit (s. Blume, Iter Italicum T. II. p. 87. B. Von Senatsschlüssen haben sich wenige in Denkmälern erhalten. Zu nennen sind: 1) des SC. de Bacchanalibus v. J. 568 d. St. (vgl. Liv. 39. 8. sq.) häufig abgedruckt, besonders in Ausgaben des Livius,

die Rechtssammlungen. In letzteren, namentlich in der justinianeischen, werden sowohl Centuriatgesetze, wie die Lex Iulia und Papia Poppaea[16]), als auch Plebiscita, wie die Lex Aquilia, Lex Falcidia als noch geltende Gesetze erwähnt[17]); am häufigsten geschieht aber der Senatusconsulte, öfters unter dem Namen orationes Principum, häufig unter Mittheilung der Worte derselben, Erwähnung.

4) Edicte der Magistrate, besonders der Prätoren. Obgleich die erwähnten Gesetze, die Volksschlüsse zu den Zeiten des Freistaates und unter Augustus, und zwar während der Republik mehr die Plebiscite, als die Centurienschlüsse, die Senatsschlüsse von Tiberius an, manche rechtliche Bestimmungen abänderten und neue Vorschriften ertheilten, so waren dies doch immer einzelne durch das jedesmalige Zeitbedürfniß hervorgerufene Veränderungen. Umfassender waren die Bestimmungen, welche die Bekanntmachungen der Obrigkeiten über die von ihnen während ihrer Amtsführung zu befolgenden Grundsätze (edicta magistratuum) enthielten. Das ius edicendi stand allen Magistraten zu. Am wichtigsten für die Ausbildung des Rechtes waren die Edicte der Magistrate, welche mit der iurisdictio zu thun hatten, nämlich der beiden Prätoren und in beschränkterem Kreise die der curulischen Aedilen. Die Wirksamkeit dieser Magistrate fiel in eine Zeit, wo mit Erweiterung des Verkehres nach Außen und mit Vergrößerung des Staates das starre nationale Recht (ius civile) dem Bedürfnisse nicht mehr genügte, und es machte sich mehr und mehr der Einfluß der bei anderen Völkern, mit welchen die Römer in Berührung kamen, herrschenden Rechtsideen (ius gentium) geltend. Die Edicte der Prätoren waren es, welche diesem ius gentium förmliche Geltung verschafften und die Rechtssätze mit dem Rechtsbedürfnisse in Einklang setzten. Die von dem Magistrate bei Antritt seines Amtes erlassenen und als Richtschnur ohne Rücksicht auf einen concreten Fall für die Dauer der Amtsführung bekannt gemachten Edicte hießen edicta iurisdictionis perpetuae causa proposita oder edicta perpetua, im Gegensatze der bei Gelegenheit eines einzelnen Falles nothwendig gewordenen Bekanntmachungen, edicta, prout res incidit[18]). Willkürliche Abweichungen

---

und bei Göttling a. a. O. S. 27 flg. 2) Bruchstück des SC. de Tiburtibus v. J. 664 oder 665 d. St. 3) Zwei SCta de aedificiis negotiationis causa non diruendis v. J. 48 und 56 n. Chr.

16) Unter den Versuchen, dieses Gesetz wiederherzustellen ist der von Iac. Godofredus, Lex Julia et Papia Poppaea repetitae praelectionis in Eiusd. Font. quatuor iur. civil. §. 16. (III. 3.), unter den Commentaren Heinecii Comm. ad Leg. Iuliam et Papiam Poppaeam der berühmteste.

17) Eine Menge bisher unbekannter Plebiscite sind uns erst durch die Institutionen des Gajus bekannt geworden.

18) L. 7. pr. D. (2. 1.) Ob der Ausdruck repentinum edictum bei Cic. in Verr. (III. 14.) ein technischer und von gleicher Bedeutung mit dem edictum prout res incidit oder inwiefern er davon verschieden sei, ist bestritten. Vgl. Hugo, R. G. S. 416. Zimmern a. a. O. Th. I, §. 37. Dirksen, Versuche S. 22, vor Allen aber Puchta, Instit. Bd. I, §. 81, Anm. k. l.

des Magistrates von dem Edicte, was er der iurisdictio perpetua wegen aufgestellt hatte, waren unstatthaft; der Magistrat war daran während seiner Amtsführung gebunden[19]), was eine Lex Cornelia v. J. 687 d. St. einschärfte und auch nachträgliche Veränderungen des Edictes verbot[20]). Der Inhalt des von dem einen Prätor iurisdictionis perpetuae causa aufgestellten Edictes ging regelmäßig in das Edict des Nachfolgers über, daher das Edict auch tralatitium heißt, im Gegensatze des edictum novum, in der späteren Zeit auch nova clausula genannt[21]). Willkürliche Aenderungen des ius civile durch das Edict waren unzulässig; das Edict hatte vielmehr die Hauptbestimmung, blos die Veränderungen auszusprechen, welche durch Gewohnheitsrecht hervorgebracht wurden, daher auch das Gewohnheitsrecht als eine Hauptquelle des Edictes angegeben wird[22]). Das Verhältniß des durch die Edicte der Obrigkeiten ausgebildeten Rechtes (ius honorarium) zum ius civile wird von Papinian so angegeben: es sei eingeführt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia[23]). Die Unterstützung des ius civile wurde dadurch bewirkt, daß der Prätor zum Schutze civilrechtlicher Institute besondere Rechtsmittel gab; die Ergänzung dadurch, daß er Civilklagen analogisch für ähnliche Verhältnisse gab (utiles actiones) und daß er für neue im Civilrechte nicht vorhergesehene Fälle und Rechtsverhältnisse neue Klagen gab, gewöhnlich in factum actiones; die Verbesserung und Abänderung des Civilrechtes wurde nicht geradezu durch gegebene Vorschriften bewirkt, weil dem Magistrate keine gesetzgebende Gewalt zustand, sondern auf Umwegen, namentlich durch Anwendung von Fictionen. Das Edict war in seiner Fassung nicht umständlich. Die vorhandenen Bruchstücke ergeben, daß es nicht sowohl eine genaue Angabe der Rechtsnormen enthielt, als vielmehr blos Erklärungen über Anerkennung von rechtlichen Ansprüchen, oder die Zusicherung, daß gewisse Klagen vom Magistrate angenommen würden. Mit dem Edicte, welches im Laufe mehrerer Jahrhunderte allmälig berichtigt und vervollständigt worden war, soll unter Hadrian durch den Juristen Salvius Julianus eine wesentliche Veränderung vorgenommen worden sein (edictum perpetuum)[24]). Der Charakter

---

19) Deshalb nennt Cic. in Verr. (I. 42.) dieses Edict lex annua.

20) Ascon. Ped. ad Cic. pro Cornel. edit. Orelli p. 58. Dio Cass. (36. 23.)

21) Der Ausdruck edictum novum kommt vor bei Cic. in Verr. (I. 44.) Epist. ad div. (III. 8.) Der Ausdruck nova clausula kommt vor in L. 3. D. (37. 8.)

22) Cic. de invent. (II. 22.)

23) L. 7. §. 1. D. (1. 1.)

24) Zeugnisse dafür sind Const. Tanta §. 18. Const. Δέδωκεν §. 18. Thalelaei, adn. ad τοῦ κατὰ πόδας L. 13. C. (II. 4.) v. τῷ διηνεκεῖ δόγματι (Sch. Διηνεκεῖ Basil. T. I. p. 700. ed. Heimb.) Eutrop. VIII. 9. Paean. ad Eutrop. l. c. Aurel. Vict. de Caesar. 18. Epit. leg. Laurent. in Zachariae Prochir. p. 292.

dieser Veränderung ist bestritten[25]). Wahrscheinlich hat Julian's Arbeit sich hauptsächlich auf Ordnung und Sichtung des vorhandenen Materials, Zusammenstellung des zusammengehörigen und Weglassung des veralteten Materials beschränkt. Hadrian hat diese neue Textesrecension des Edictes für unveränderlich erklärt. Denn daß das Edict einen festen bestimmten Text gehabt hat, ergiebt sich theils aus den Citaten der Juristen[26]), theils aus den in den Commentaren der Juristen Paulus und Ulpian enthaltenen und in die Pandecten aufgenommenen Stellen des Edictes. Das ius edicendi der Prätoren war durch diese Veränderung nicht ausgeschlossen; nur beschränkte sich dasselbe auf Ergänzung der im Rechte sich findenden Lücken[27]). Das Edict war in Titel eingetheilt[28]). Die uns erhaltenen Bruchstücke des Edictes hat man gesammelt und in die ursprüngliche Ordnung zu bringen gesucht[29]). Auch die neuen kaiserlichen Beamten hatten das ius edicendi; sie erließen aber nicht so zusammenhängende Edicte, wie die der Prätoren waren, sondern nur einzelne Bekanntmachungen, von welchen uns mehrere unmittelbar erhalten sind[29a]). Dazu gehören auch die Edicta der Praefecti Praetorio (*τύποι*, formae, *ὑπαρχικοὶ* s. *ἐπαρχικοὶ τύποι*, seit Cujas oft Eparchica genannt), denen, wenn sie den Gesetzen nicht entgegen waren, Gesetzeskraft beiwohnte[29b]).

5) Juristische Literatur der Römer. Aus der Mitte des 5. Jahrhundertes nach Erbauung Roms wird zuerst eine juristische

---

25) Die frühere Ansicht ging dahin, daß Hadrian durch Julian das prätorische Edict zu einem Gesetzbuch habe umarbeiten und als solches publiciren lassen. Heinecii hist. edicti et edicti perpetui in Opusc. T. I. §. 269. p. 362 sq. Dagegen fand Hugo, R. G. S. 795 flg. in Julian's Arbeit nur eine wissenschaftliche Bearbeitung des Edictes, welche hauptsächlich in einer besseren Anordnung desselben bestanden habe, ohne daß deshalb den späteren Prätoren das Recht, Zusätze zu Julian's Arbeit zu machen, entzogen worden wäre.

26) Paulus in L. 2. §. 3. D. (43. 1.) Ulpian in L. 195. §. 3. D. (50. 16.)

27) Vgl. Biener, de Salvii Iuliani meritis in Edictum praetorium recte aestimandis, Lips. 1809. Gans, Scholien S. 14 flg. Zimmern, R. G. Bd. I, §. 40. Puchta, Instit. Bd. I, S. 544 flg.

28) L. 1. pr. D. (3. 1.) L. 1. D. (4. 1.) L. 195. §. 3. D. (50. 16.) Statt hic titulus sagten die römischen Juristen auch oft hoc edictum.

29) Die meisten Fragmente sind in den in die Pandecten aufgenommenen Stellen aus Ulpian's Commentar zu dem Edicten erhalten. Ueber die Restitutionsversuche vgl. Haubold in Hugo, civil. Magaz. Bd. II, S. 288 flg. de Weyhe, libri tres edicti sive libri de origine fatisque iurisprud. Rom. praesertim edictorum Praetoris ac de forma edicti perpetui. Cell. Luneb. 1821. Heffter, im rhein. Mus. f. Jurispr. Bd. I, S. 51 flg. Van Reenen, Font. tres iur. civ. Rom. antiq. Amstelod. 1840 p. 41 sq.

29a) Sie sind aufgezeichnet in Deurer, Grundriß S. 5.

29b) L. 2. C. (I. 26.) Vgl. über diese Edicte Zachariae, hist. iur. Gr, Rom. delineatio p. 7. 105. sq. und desselben Anecdot. (Lips. 1834) p. 227. sq. wo sich auch eine Ausgabe einer Sammlung solcher Edicte mit Prolegomenen befindet.

Schrift genannt (ius Flavianum) und etwa hundert Jahre später noch eine andere (ius Aelianum), welche Sammlungen von Formularen gewesen zu sein scheinen. Die rechtsgelehrten Römer waren für Förderung der Rechtskunde anfangs nur durch Ertheilung rechtlicher Gutachten (responsa prudentum)[30]), später auch durch mündlichen Unterricht thätig. Die eigentliche wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes fing erst zu Cicero's Zeit an und unter den Juristen der damaligen Zeit wird Servius Sulpicius Rufus als der ausgezeichnetste genannt[31]). Die Beschäftigung mit dem Rechte wurde schon zu den Zeiten des Freistaates neben der Redekunst eine Lieblingsbeschäftigung der vornehmen und gelehrten Römer[32]). Unter Augustus lebten die Juristen Atajus Capito und Antistius Labeo, ebenso in ihrem Charakter, als in ihren rechtlichen Ansichten verschieden, welche Stifter zweier Schulen oder Secten der Juristen wurden, der Cassianer oder Sabinianer (Anhänger des Capito) und der Proculianer (Anhänger des Labeo), Namen, welche von den unmittelbaren Schülern und Nachfolgern beider Stifter herrühren[33]). Der Streit dieser Schulen war von großem Einflusse auf das Recht und die Rechtswissenschaft. Er ist nach Gajus Zeit allmälig verschwunden[34]). Für den Einfluß der Juristen auf die Praxis wurde die von Augustus getroffene Einrichtung wichtig, daß, während früher die Ertheilung rechtlicher Gutachten von Jedem ausgehen konnte, welcher sich die Fähigkeit dazu zutraute, aber auch das den Gutachten beizulegende Gewicht lediglich von dem Ermessen der rechtsprechenden Behörden abhing, die Erlaubniß zur Ertheilung rechtlicher Gutachten nur vom Kaiser ertheilt wurde[35]); eine Einrichtung, die auch unter den folgenden Kaisern beibehalten, von Caligula vergeblich abzuschaffen versucht[36]), und von Hadrian nur in der Art modificirt wurde, daß die gewesenen

---

30) Gai. Inst. Comm. I. §. 7. Der erste, welcher rechtliche Gutachten ertheilte, soll Tiberius Coruncanius gewesen sein. L. 2. §. 35. 38. C. (1. 2.)

31) Cic. Brut. c. 41. Die Werke dieses Juristen sind auch vielfach von späteren Juristen commentirt worden.

32) Ueber die einzelnen Juristen zu Zeiten des Freistaates und deren Schriften vgl. Zimmern, R. G. Bd. I, §. 72—82. Deurer, Grundr. für äußere Gesch. u. Instit. d. röm. Rechtes §. 68, S. 74—80.

33) Die Hauptquelle über die Entstehung dieser Schulen und die zu jeder gehörigen Juristen ist L. 2. §. 47. D. (1. 2.)

34) Gajus selbst war Sabinianer, wie aus vielen Stellen hervorgeht, in welchen er die Sabinianer als nostri praeceptores, den Proculianern als diversae scholae auctores entgegensetzt. Ueber das allmälige Verschwinden beider Schulen s. Dirksen, Beitr. zur Kunde des röm. Rechtes Abh. I, S. 142 flg. Puchta, Instit. Bd. I, S. 456 flg.

35) L. 2. §. 47. D. (1. 2.) Einer besonderen Erlaubniß dazu erwähnen auch Gai. Inst. Comm. I. §. 7. §. 8. Inst. I. 2. Const. Deo auctore §. 4. Const. Tanta. §. 20. Const. Δέδωκεν §. 20.

36) Suet. Calig. c. 34.

Prätoren (viri praetorii) keiner besonderen kaiserlichen Erlaubniß bedurften[37]), über deren Bedeutung und die Verbindlichkeit der von den privilegirten Juristen ertheilten Gutachten für die rechtsprechenden Behörden sehr verschiedene Ansichten vorhanden sind[38]). Der Einfluß der Einrichtung an sich ist nicht in Abrede zu stellen. Darauf deutet hin die besondere Form, unter welcher die Gutachten der privilegirten Juristen ausgestellt wurden[39]), die Auszeichnung, welche schon der Sprachgebrauch den privilegirten Juristen verlieh, indem nur ihnen das ius respondendi de iure zustand, der Umstand, daß nur die responsa prudentum, nicht die juristischen Schriften zum ius scriptum gezählt werden[40]). Ebenso ist die spätere Einrichtung, daß nur den Schriften gewisser Juristen gesetzliches Ansehen verliehen wurde, wohl nur eine Fortsetzung oder Surrogat dieser älteren Einrichtung[41]). Die Rechtswissenschaft und juristische Literatur erlangte in der Kaiserzeit bis zur Mitte des 3. Jahrh. n. Chr. ihre höchste Blüthe, während andere Wissenschaften schon längst in Verfall gerathen waren. Abgesehen von dem practischen Sinne der Römer, vermöge dessen sie sich vorzugsweise der Beschäftigung mit dem Rechte, als einer practischen, zuwendeten, mag auch der Umstand zur vorzüglichen Cultur der Rechtswissenschaft beigetragen haben, daß die Kaiser selbst die angesehensten Juristen in ihren Rath zu ziehen pflegten, und die Jurisprudenz den Weg zu den höchsten Stellen und Würden für diejenigen eröffnete, welche nicht durch kriegerisches Verdienst sich auszeichnen konnten und wollten[42]). Unter den zahlreichen Schriften dieser Zeit sind die von Gajus, Papinian, Ulpian und Paulus vorzüglich zu bemerken, theils weil sie wichtige Quellen, wie die Gesetze der zwölf Tafeln und das Edict, durch Commentare erläutert haben, theils weil von ihren Schriften am meisten auf unsere Zeit gekommen ist, theils mittelbar durch die Digesten, theils unmittelbar[43]). Nach Alexander Severus gerieth die Rechtswissenschaft in Verfall und mit Modestin schließt die Reihe der großen Juristen. Die juristischen Schriften hatten einen vorherrschend practischen Charakter. Die Art und Weise der Behandlung des Rechtes beruht auf der lebendigen Anschauung der Rechtsverhältnisse selbst und zeigt sich in der Anwendung positiver Rechtsnormen auf einzelne Fälle,

---

37) L. 2. §. 47. D. (1. 2.)

38) Vgl. darüber die zahlreichen bei Deurer, Grundr. §. 84, Anm. 3, S. 108 angeführten Schriften, besonders Puchta, Instit. Bd. I, S. 556—571.

39) L. 2. §. 47. D. (1. 2.)

40) §. 3. Inst. I. 2. L. 6. §. 1. L. 7. pr. D. (1. 1.)

41) Zimmern, R. G. Bd. I, §. 54 a. E.

42) So finden wir die großen Juristen Papinian, Ulpian und Paulus unter Caracalla bis zu Alexander Severus auf der höchsten Stelle nächst dem Kaiser als prätorische Präfecten.

43) Ueber die einzelnen Juristen unter den Kaisern und ihre Schriften vgl. Zimmern, R. G. B. I, §. 82—103. Deurer, Grundr. §. 85. S. 114 flg.

daher der überwiegend casuistische Inhalt. Die rein exegetischen Schriften sind selten, und wo einzelne Rechtslehrer sich einem positiven Gesetze anschließen, dient das Gesetz doch vielmehr zur Gelegenheit wissenschaftlicher Erörterungen, als daß es die Quelle derselben bildet. Historische und antiquarische Nachrichten über Rechtsquellen und Rechtssätze kommen zwar in den juristischen Schriften vor; sie treten aber gegen das Practische sehr in den Hintergrund und ermangeln des Gepräges der Meisterschaft, welche in den eigentlich juristischen Erörterungen unverkennbar ist[44]). Der größte Theil der in der justinianeischen Rechtsammlung enthaltenen Rechtssätze gehört der wissenschaftlichen Entwickelung der Juristen an.

6) Kaiserliche Constitutionen. Mit Wiedereinführung der Monarchie unter Augustus entstand eine neue Klasse von Rechtsquellen in den kaiserlichen Constitutionen. Die kaiserliche Gewalt, welche eigentlich in einer Vereinigung der Gewalt früherer republikanischer Obrigkeiten bestand, umfaßte verfassungsmäßig nicht das Recht der Gesetzgebung. Daher zog Augustus vor, durch Volksschlüsse, seine Nachfolger, durch Senatsschlüsse umfassende Veränderungen in der Gesetzgebung zu treffen. In der Natur der Verhältnisse aber lag es, daß die Kaiser nach und nach wirkliche gesetzgebende Gewalt erlangten. Schon zu Gajus Zeiten war die Gesetzeskraft der kaiserlichen Constitutionen unbestritten[45]). Die Kaiser konnten ebenso, wie die republikanischen Magistrate, Edicte erlassen, und in einzelnen Fällen Entscheidungen (rescripta, decreta) geben, welche schon, weil sie vom Kaiser ausgingen, größeres und allgemeineres Ansehen genossen. Sie hatten aber auch als Präsidenten des Senates die Initiative bei der Gesetzgebung. Ihre Gesetzvorschläge (orationes principum) bedurften zwar zur Erlangung der Gesetzeskraft der Zustimmung des Senates und der Annahme durch ein förmliches Senatusconsult; allein mit dem immer tiefer sinkenden Ansehen des Senates sank dessen Zustimmung zu neuen Gesetzen zu einer bloßen Förmlichkeit herab, daher orationes principum und Senatusconsulta gleichbedeutend wurden. Endlich fiel auch die Mitwirkung des Senates weg, und die Kaiser erließen aus eigener Machtvollkommenheit allgemeine Gesetze, leges edictales. Die kaiserlichen Constitutionen waren in der Zeit von Constantin bis zu Justinian die Hauptrechtsquelle, indem seit dem Verfalle der Rechtswissenschaft die Bildung des Rechtes ausschließlich der gesetzgebenden Gewalt anheimfiel. Die immer wachsende Zahl dieser Verordnungen machte Sammlungen derselben nöthig. Es unterzogen sich dieser Arbeit theils Privatpersonen,

---

44) Dirksen, Vers. z. Critik u. Ausleg. der Quellen des röm. Rechtes S. 203.

45) Gai. Inst. Comm. I. §. 5. Das Recht des Kaisers zur Gesetzgebung wird von ihm auf die lex de imperio gegründet, wodurch die kaiserliche Gewalt übertragen wurde.

theils erschienen officielle Sammlungen. Zu den Privatsammlungen gehören: a) eine Sammlung von Constitutionen der Divi Fratres (M. Aurelius und Lucius Verus) von Papirius Justus in 20 Büchern, aus welcher Rescripte dieser Kaiser in den Digesten citirt werden[46]; b) eine Sammlung kaiserliche Decrete von Paulus (Decretorum libri III.); c) eine gleiche Sammlung von Paulus in 6 Büchern (decretorum sive imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI.); beide Sammlungen sind aus den Digesten bekannt; d) die beiden unter dem Namen Gregorianus Codex und Hermogenianus Codex bekannten Sammlungen, von welchen Bruchstücke auf uns gekommen sind[47]). Der greogorianische Codex ist wohl unter Diocletian und Maximian entstanden, da die uns erhaltenen Bruchstücke mit Constitutionen dieser Kaiser schließen. Die Zeit der Entstehung des anderen Codex ist sehr zweifelhaft. Gewöhnlich wird dieselbe unter Constantin gesetzt[48]); es werden aber von dem Verfasser der Consultationes veteris cuiusdam iuris consulti cap. IX. 7 Constitutionen von Valens und Valentinian II. aus dieser Sammlung angeführt, und es kann nicht erwiesen werden, daß der Verfasser dieser Consultationes jene Constitutionen aus Irrthum dieser Sammlung zugeschrieben habe[49]); es ist daher die Entstehung in eine spätere Zeit, jedenfalls nicht vor der Regierung der gedachten Kaiser zu setzen[50]). Das Verhältniß dieser beiden Sammlungen zu einander war wahrscheinlich, daß die jüngere zur Ergänzung der älteren bestimmt war. Damit ist freilich nicht zu vereinigen, daß eine Constitution in beiden Sammlungen vorgekommen sein soll[51]). Die Vermuthung, daß die gregorianische Sammlung für den Occident, die andere für den Orient bestimmt gewesen sei[52]), ist lediglich darauf gestützt, daß erstere in der Lex Romana Visigothorum letzterer vorangeht. Nur Bruchstücke beider Sammlungen sind durch diese westgothische Sammlung auf uns

46) Stockmann, Papirii Iusti ICti Romani fragmenta observatiunculis illustrata, Lips. 1792. Piepers, de Papirio Iusto ICto, Lugd. Bat. 1824. Vgl. Zimmern, R. G. Bd. I, §. 95.

47) Pohl, de Codicibus Gregoriano et Hermogeniano, Lips. 1777. Iacobson, de Codicibus Gregoriano et Hermogeniano, Regiom. 1826. Osann, Pomponii fragmentum etc. (Giess. 1848) p. 151. sq.

48) Vgl. Zimmern, R. G. Bd. I, S. 161, der eben diese Meinung nicht gerade vertheidigt.

49) Einen solchen Irrthum behaupten Haenel, Corp. iur. Rom. anteiust. Fasc. II. p. 61. Böcking, Instit. Bd. I, S. 50. S. dagegen Witte in Richter, crit. Jahrb. f. teutsche Rechtsw. Bd. I, S. 196 flg.

50) Puchta, Instit. Bd. I, S. 651.

51) Es ist dies zwar nicht mit L. 18. C. (II. 5.) der Fall, was man aus des Thaleläus ἑρμηνεία dieser Stelle (Sch. 1. Basil. T. 1. p. 704. ed. Heimb. s. v. ἄκουε) hat schließen wollen, wohl aber mit einem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian nach der Coll. Leg. Mosaic. et Rom. Tit. VI. cap. 5. wenn dies nicht ein Zusatz eines Abschreibers ist.

52) Huschke, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIII, S. 9.

gekommen[53]); e) eine Sammlung von Auszügen aus juristischen Schriften verbunden mit kaiserlichen Constitutionen, die sog. Vaticana fragmenta; f) eine ähnliche Sammlung, Mosaicarum et Romanarum legum collatio, welcher beiden Sammlungen später zu gedenken ist. Zu den officiellen Sammlungen der kaiserlichen Constitutionen gehört der Theodosianus Codex. Schon im Jahre 429 beabsichtigte Theodos II. eine Sammlung der Edictalgesetze und anderer allgemeiner Constitutionen Constantin's und seiner Nachfolger nach dem Muster des gregorianischen und hermogenianischen Codex und außerdem die Abfassung eines zweiten Gesetzbuches, welches das ganze für die Rechtsanwendung nöthige Material umfassen, nach Materien geordnet und in Titel vertheilt, erstlich die Constitutionen aus den dann vorhandenen drei Sammlungen der gregorianischen, hermogenianischen und theodosischen, mit dem Unterschiede, daß nur die jetzt noch geltenden daraus genommen werden sollten, und zweitens Auszüge aus den juristischen Schriften enthalten sollte[54]). Im Jahre 435 wurde erst eine Commission von 16 Redactoren, an deren Spitze ein gewisser Antiochus genannt wird, ernannt und der Plan der Arbeit vorgeschrieben[55]). Die Arbeit wurde 438 vollendet und von Theodos II. als Theodosianus Codex am 15. Februar publicirt, dergestalt, daß er vom 1. Januar 439 an ausschließlich als Quelle ius principale, der kaiserlichen Verordnungen von Constantin an, gelten sollte[56]). Die Publication im weströmischen Reiche erfolgte noch in demselben Jahre, zunächst in dem Senate zu Rom (das über diese Publication aufgenommene Protocoll des Senates, gesta Senatus, ist neuerdings wieder aufgefunden worden)[57]). Dieser Codex besteht aus 16 Büchern. Er ist uns auszugsweise durch die westgothische Lex Romana erhalten und in dieser Gestalt in der ersten Ausgabe dieser Sammlung von Sichard abgedruckt worden[58]). Schon Dutillet (Tilius) gab 1550 aus einer jetzt noch in der vaticanischen Bibliothek befindlichen Handschrift, welche die westgothische Lex Romana nicht enthielt, die letzten acht Bücher vollständiger, d. h. nicht im Auszuge, heraus. Cujas ließ 1566 das

---

53) Herausgegeben sind sie in den Sammlungen des antejustinianeischen Rechtes von Cujacius und Schulting, am vollständigsten aber von Haenel, Cod. Gregor. et Cod. Hermogen. fragmenta, Bonn. 1835 und in dem zu Bonn erschienenen Corp. iur. anteiust.

54) L. 5. Th. C. (I. 1.) Vgl. über dieses Vorhaben Puchta, Instit. Bd. I, S. 657 flg. und andere von Deurer, Grundr. S. 101, Anm. 1 angeführten Schriftsteller.

55) L. 6. Th. C. (I. 1.)

56) Const. de Theod. Cod. auctoritate (im Bonner Corp. iur. anteiust. Fasc. II. col. 90. sq. Fasc. VI. col. 1. sq.)

57) Von Clossius in Mailand. Vgl. Clossius, Theod. Cod. gen. fragm. (Tub. 1824) p. 2—18. Die weitere Literatur darüber s. bei Deurer a. a. O. S. 105.

58) Basel 1528.

6. Buch zum größten Theile, das 7. und 8. vollständiger abdrucken, und ergänzte das 16. Buch, so daß nur die ersten 5 Bücher und der Anfang des 6. Buches nicht aus dem echten, sondern aus dem epitomirten westgothischen theodosischen Codex sind[59]). In der neueren Zeit ist viel neues Material entdeckt worden, von Clossius in Mailand[60]), von Peyron in Turin[61]), wodurch die ersten 5 Bücher vervollständigt wurden. Auch Angelo Mai lieferte hinter seiner Ausgabe der sog. Vaticanischen Fragmente mehreres, was hierher gehört. Zuletzt entdeckte Baudi a Vesme in Turin noch 23 zum theodosischen Codex gehörige Constitutionen[62]). Die neueste vollständigste Ausgabe, wobei 54 Handschriften, die früheren Ausgaben und die neueren Entdeckungen mit Ausnahme der von Vesme gemachten benutzt sind, ist von Hänel besorgt[63]). Zu dem theodosischen Codex sind später noch Constitutionen verschiedener Kaiser hinzugekommen, und eine Sammlung derselben ist auf unsere Zeit unter dem gewöhnlichen Namen Novellae Theodosianae et Posttheodosianae gekommen. Schon 429 und wiederholt 438 trafen Theodos II. und Valentinian III. die Uebereinkunft, daß die für den einen Theil des Reiches zu erlassenden Constitutionen dem Beherrscher des anderen Theiles mitgetheilt und von demselben ebenfalls publicirt werden, außerdem aber keine allgemeine Giltigkeit haben sollten[64]). Solche Gesetze hießen dem Codex gegenüber novellae leges. Erst 447 übersendete Theodos in Gemäßheit jenes Uebereinkommens und mit Bezugnahme darauf eine Reihe von ihm nach dem Codex erlassener Gesetze[65]), welche Valentinian durch ein uns noch erhaltenes Gesetz 448 bestätigte und bekannt machte[66]).

---

59) Dieses Material ist mit critischem Apparat und Commentar am vollständigsten von Iac. Godofredus herausgegeben; die Ausgabe wurde indessen erst durch Marville besorgt (1665 6 Bde.) und von Ritter verbessert und vermehrt herausgegeben. Lips. 1736—1745. 6 Bde.

60) Clossius, Theod. Cod. genuini fragmenta, Tubing. 1824.

61) Peyron, Cod. Theod. fragmenta inedita, Aug. Taurin. 1824.

62) S. Hänel in Richter, crit. Jahrb. f. teutsche Rechtsw. Bd. I, S. 91 flg. 191 flg.

63) Cod. Theod. Ad LIV. libror. manuscriptor. et prior. edition. fidem recognovit et adnot. critica instruxit. Gust. Haenel, Lipsiensis, Bonn. 1842. Diese Ausgabe bildet auch einen Theil des Bonner Corp. iur. anteiust. nämlich Fasc. II—V. In der von Vesme besorgten Ausgabe des theod. Codex, von welcher ein Theil bis zu lib. IV. tit. XXII. unter dem Titel: Cod. Theod. ex Mss. Codd. et veteribus editionib. auctior et emendatior opera et studio C. Baudi a Vesme, Taurin. 1839 erschienen ist, hat der Herausgeber den ganzen critischen Apparat von Hänel wieder benutzt. Vgl. Hänel in Richter, crit. Jahrb. Bd. XVI, S. 785—793, 1053. Puchta, Instit. Bd. I, S. 661, Anm. k. Cartons zur Hänel'schen Ausgabe enthalten auch diesen neuen Fund von Vesme.

64) L. 5. Th. C. (I. 1.) v. 429. Const. de Theod. Cod. auctoritate §. 5. v. 438.

65) Nov. Theod. Tit. II. v. 447.

66) Nov. Valentinian. Tit. XXV. v. 448.

Später übersendete Marcian eine kleine Anzahl Novellen aus den Jahren 450—455 an den weströmischen Hof. Die uns erhaltene Sammlung dieser Novellen, welche Constitutionen von Theodos, Valentinian, Marcian, Majorian, Severus und Anthemius enthält, ist im Occident entstanden, durch wen und zu welcher Zeit, ist ungewiß. Möglich ist, daß mehrere solcher Sammlungen im Occident existirt haben. Die gedachte Sammlung ist im Auszuge in die westgothische Lex Romana aufgenommen, mit Ausschluß der Novellen des Anthemius. Es giebt aber vollständigere Handschriften, als die gewöhnlichen der westgothischen Sammlung[67]). Diese Sammlung ist öfters herausgegeben worden[68]), die neueste und vollständigste ist von Hänel[69]). Eine andere Sammlung sonst unbekannter Constitutionen, zuerst von Sirmond herausgegeben[70]), dann öfters abgedruckt, ist hinsichtlich ihrer Aechtheit vielfach angegriffen worden[71]).

7) Verfall der Rechtswissenschaft und Versuche, den Folgen des Verfalles abzuhelfen. In dem Laufe des 3. Jahrh. n. Chr., in der Zeit des Alexander Severus, ging die wissenschaftliche Jurisprudenz rasch ihrem Verfalle entgegen, ungeachtet für den juristischen Unterricht auf den öffentlichen Lehranstalten gesorgt war. Die Hauptsache des Verfalles lag wohl in dem überhand nehmenden Militärdespotismus und der dadurch entstehenden Barbarei. Auch die Erhebung des Christenthums zur Staatsreligion unter Constantin und seinen Nachfolgern war der Rechtswissenschaft nicht förderlich, indem die dogmatischen Streitigkeiten vorzugsweise das Interesse der Kaiser in Anspruch nahmen und die Kirche einen leichteren und sichereren Weg zu Ehren und Würden darbot. Schon im 4. Jahrh. herrschte Unwissenheit und Geistesarmuth und stieg rasch zu einer solchen Höhe, daß selbst das Verständniß zur Benutzung der wissenschaftlichen Erzeugnisse einer besseren Zeit fehlte[72]). Die juristische Beschäftigung bestand

---

67) Namentlich die ottobonische, später vaticanische, aus welcher Zicardini (Favent. 1766) und Amaduzzi (Rom. 1767) die Novellensammlung sehr vervollständigten, nachdem schon früher Cujas 1566 und 1586 und Pithou (Paris. 1571) Ergänzungen geliefert hatten.

68) Außer von Sichard und Cujas von Rittershusen (Frcf. 1615) von Marville und Ritter in der godofredischen Ausgabe des theod. Codex, von Beck, im Berliner Ius civ. anteiust. T. II. p. 1217. sq.

69) Novellae constitutiones Imperatorum Theodosii II. etc. ad libror. manuscript. et edition. fidem recognovit et adnotatione crit. instruxit Gust. Haenel, Lipsiensis, Bonn. 1844. Die Ausgabe bildet auch einen Theil des Bonner Corp. iur. anteiust.

70) Sirmond, Appendix Cod. Theod. novis constitut. cumulatior. Paris. 1631.

71) Haenel, de constitutionibus, quas I. Sirmondus ... edidit. Lips. 1841. Von demselben ist die neueste Ausgabe, welche einen Anhang der erwähnten Ausgabe der theodosischen und posttheodosischen Novellen bildet.

72) Ammian. XXX. 4. macht von dem Zustande der Rechtspflege und Rechtskunde gegen das Ende des 4. Jahrhundertes eine wohl übertriebene Schil-

jetzt hauptsächlich in der Benutzung der juristischen Literatur. In der Praxis wurden die älteren Gesetze durch die Schriften der Juristen verdrängt, in welchen sie zu einem Ganzen verarbeitet worden waren. Die geltenden Rechtsquellen waren allein die kaiserlichen Constitutionen, welche die einzige Form der Veränderung und Fortbildung des bisherigen Rechtes waren, und die juristischen Werke der besseren Zeit. Erstere setzte man als Leges dem letzteren, dem Ius, gegenüber; Ius war das durch die Rechtswissenschaft aufbewahrte, die Leges das durch die Gesetzgebung der Kaiser fortgebildete Recht[73]). Die Unfähigkeit der Zeit, den vorhandenen wissenschaftlichen Stoff in gehöriger Auffassung und Beurtheilung zu bewältigen, namentlich aus den widerstreitenden Ansichten der älteren Juristen die Wahrheit herauszufinden, führte zu der Nothwendigkeit, daß durch höhere Anweisung der Gebrauch der juristischen Werke geregelt wurde, was theils dadurch geschah, daß man den Gebrauch gewisser Schriften, die vorzüglich zu Controversen Veranlassung gaben, verbot, theils dadurch, daß man gewissen Schriften eine vorzügliche Autorität vor anderen beilegte. Zuerst geschahen in dieser Beziehung Schritte von Constantin, welcher die Anwendung der notae des Ulpian und Paulus zu Papinian in den Gerichten 321 verbot[74]). Etwas ähnliches muß in Bezug auf die notae des Marcian zu Papinian verordnet gewesen sein[75]). Da jedoch die Verdammung der einen Schrift des Paulus die Autorität der übrigen Werke dieses Juristen zweifelhaft machte, namentlich die der sententiae, so bestätigte Constantin 327, ohne jenes ältere Gesetz zurückzunehmen, die sämmtlichen Schriften des Paulus, namentlich dessen sententiae[76]). Am wichtigsten ist aber in dieser Beziehung das sog. Citirgesetz, eine Constitution Valentinian's III. v. J. 426, wodurch er den Schriften der fünf Juristen, Gajus, Papinian, Ulpian, Paulus und Modestin vorzugsweise Autorität in den Gerichten verlieh, und unter diesen wieder der Ansicht Papinian's besonderes Gewicht beilegte[77]). Es ist indessen der Charakter und die Bedeutung dieser Einrichtung sehr bestritten[78]). Der wissenschaftliche Charakter dieser

---

derung. Eine richtigere Schilderung giebt Savigny, Gesch. d. röm. Rechtes im Mittelalter Bd. I, S. 27 flg., 2. Ausgabe und besonders Puchta, Instit. Bd. I, S. 635 flg.

73) So kommt der Gegensatz zwischen Leges und Ius vor in L. 25. Th. C. (XI. 36.) L. 2. Th. C. (II. 30.) Nov. Valentin. III. Tit. XXXI. c. 1. §. 5. Consult. cap. 6. 7. Commonitor. ad leg. Roman. Visigoth. S. die Stellen bei Deurer a. a. O. S. 141. Schon früher findet sich der Gegensatz in einem Rescripte von D. Pius I. (L. 22. D. (22. 1.)), obschon nicht in dem späteren Sinne.

74) L. 1. Th. C. (I. 4.) Vgl. L. 1. Th. C. (IX. 43.)

75) Const. Deo auctore §. 6.

76) L. 2. Th. C. (I. 4.) Vgl. auch die Consult. cap. 7.

77) L. 3. Th. C. (I. 4.)

78) Nach der früher gemeinen Meinung (vgl. die Citate bei Deurer a. a. O. S. 142) ist durch das Citirgesetz allen Schriften der fünf ausgezeichneten

Zeit wird außerdem auch noch durch mehrere Sammelwerke bezeichnet, welche kaiserliche Constitutionen und Stellen aus den Schriften der Juristen enthalten, wie die Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum, Consultatio und die sog. Vaticana fragmenta. Justinian endlich half im 6. Jahrhunderte dem Bedürfnisse einer leichteren Uebersicht des geltenden Rechtes durch vollständige Sammlungen ab.

8) **Unmittelbar erhaltene Ueberbleibsel der juristischen Literatur der Römer aus der Zeit vor Justinian.** Was sich von der juristischen Literatur der Römer erhalten hat, ist theils mittelbar durch andere Quellen, wie Justinian's Digesten, die römischen Gesetzbücher für die Bewohner der neu entstandenen germanischen Reiche, und verschiedene der Zeit vor Justinian angehörige Privatcompilationen auf uns gekommen, theils unmittelbar erhalten. Zu den unmittelbaren Ueberbleibseln gehören: a) ein Bruchstück aus des Pomponius liber singularis regularum[79]; b) des Gajus Institutionum commentarii quatuor. Davon war früher nur ein in zwei Bücher zusammengefaßter Auszug in der westgothischen Lex Romana vorhanden. Das von Niebuhr 1816 in einer rescribirten Handschrift der Bibliothek des Domcapitels zu Verona, welche die Briefe des heiligen Hieronymus enthielt, aufgefundene Original wurde 1817 im Auftrage der königl. preußischen Academie der Wissenschaften durch Göschen und Becker, denen sich Bethmann-Hollweg anschloß, entziffert und abgeschrieben und 1820 herausgegeben. Eine neue Vergleichung der Handschrift von Blume[80]) ist

---

Juristen gesetzliches Ansehen ertheilt worden, den Schriften der übrigen nur insofern, als sie oder einzelne Lehrsätze derselben in die jener fünf Juristen aufgenommen sind. Dagegen geht die neuere zuerst von Puchta, im rhein. Mus. f. Jurispr. Bd. V, S. 141—155 aufgestellten Ansicht dahin, daß das Gesetz ausschließlich den Schriften der Juristen bis auf Modestin herab jenes Ansehen in den Gerichten ertheilt habe, welche das ius respondendi gehabt haben, und daß Gajus deshalb besonders hervorgehoben werde, weil er bei seinem Leben jenes Vorrecht nicht gehabt habe, woraus sich erkläre, daß er weder von gleichzeitigen, noch von späteren Juristen angeführt werde. Diese Ansicht ist die jetzt recipirte und wird angenommen von Danz, R. G. I, S. 110 flg. Walter, R. G. II, S. 30. Weiter ausgeführt ist sie von Puchta, Instit. Bd. I, S. 614 flg. Huschke, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIII, S. 17 flg. Eine dritte selbstständige Meinung stellt Sanio, rechtshist. Abhandl. Bd. I, S. 25 flg. auf. Nach ihm hat sich das Citirgesetz zunächst der Praxis seiner Zeit angeschlossen, indem es sowohl die Schriften der fünf Hauptjuristen als der von ihnen häufig oder regelmäßig als Autoritäten angeführten Juristen bestätigt habe; für den Fall der diversae sententiae ist das Stimmenzählen und der Vorzug Papinian's anerkannt; ein als recepta sententia angeführter Satz ist vom Richter zu befolgen gewesen; diesen Charakter haben die sententiae des Paulus an sich getragen und sind deshalb unbedingt in allen Fällen als Richtschnur vorgeschrieben worden, so daß der Richter sie stets als Ansichten der maior pars auctorum anzusehen habe.

79) Vgl. Cramer in Hugo, civil. Magaz. Bd. VI, S. 1—33, wo das Bruchstück auch abgedruckt ist.

80) Blume, iter Italic. T. I. p. 261. sq.

in späteren Ausgaben benutzt[81]). c) Die sog. Tituli ex corpore Ulpiani oder Ulpiani fragmenta, ein Theil des liber singularis regularum dieses Juristen[81a]). Dutillet (Tilius) gab dieses Werk zuerst 1549 aus einer 1544 gefundenen Handschrift heraus. Ob diese Handschrift dieselbe ist, welche noch jetzt in der vaticanischen Bibliothek sich befindet, ist bestritten[82]). Es sind später noch viele Ausgaben erschienen[83]). d) Bruchstücke aus des Ulpian Institutionen, von Endlicher auf einem zum Einbande des Hilarius Pictaviensis de trinitate verwendeten Pergamente aufgefunden[84]). e) Das fragmentum de iure fisci, hinter der Veroneser Handschrift des Gajus, mit dessen Institutionen in den Berliner Ausgaben abgedruckt, nach der gewöhnlichen Meinung von Paulus herrührend, entweder zu dessen libri II. de iure fisci oder zu den Sententiae gehörig[85]). f) Ein kleines Stück aus dem liber tertius regularum von Modestin[86]).

81) So in der von Göschen 1824 besorgten zweiten Ausgabe. Eine dritte von Lachmann besorgte, erschien 1842. Ueber andere Ausgaben und über die Literatur überhaupt vgl. Deurer, Grundr. S. 10, 11.

81a) Für die Entlehnung dieser Fragmente aus dem gedachten Werke spricht die Vergleichung von Ulp. XX. 6. mit L. 17. D. (22. 5.); Ulp. V. 6. 7. mit Coll. leg. Mos. et Rom. VI. 2.; Ulp. XXVI. 1. mit Coll. XVI. 4. Die Schriften darüber s. bei Deurer, Grundr. S. 132. Heimbach iun., über Ulpian's Fragmente S. 9 flg., hält dieses Werk für eine Compilation aus Schriften verschiedener, namentlich viel älterer Juristen als Ulpian, von einem unbekannten Verfasser. Siehe dagegen Puchta in Schunck, Jahrb. der jurist. Literatur Bd. XXV, S. 47 flg.

82) Für die Identität sind Hugo und Savigny, im civil. Magaz. Bd. IV, S. 359—407. Dagegen hat Heimbach iun. über Ulpian's Fragmente (Leipzig 1834) S. 1—9 solche bestritten. Seine Ansicht fand aber keinen Anklang, sondern Widerlegung in der Allg. Lit. Zeitg. 1835 Nr. 37, 38. Puchta, in Schunck, Jahrb. der jur. Lit. Bd. XXV, S. 47. Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. Recht Bd. IX, S. 157 flg. Er vertheidigte sie wiederholt in den Hall. Jahrb. für teutsche Wiss. 1838, S. 1961 flg. und im Leipz. Repertorium 1843 S. 95 flg.

83) Vgl. über die älteren Hugo, Ind. font. p. 136. 124. sq. 155. 157. 162. 172. 194. 208. 216. Neuere Ausgaben sind von Hugo (Berlin 1788, 1811, 1814, 1822, 1834) von 1814 an mit einem genauen Abdrucke der vaticanischen Handschrift; dann von Bluntschli und Böcking, Bonn 1831, welche 1836 und 1845 wieder aufgelegt wurde.

84) Endlicher, de Ulpiani Institutionum fragmento in bibl. Pal. Vindob. nuper reperto epistola ad F. C. de Savigny, Vindob. 1835. Ein Abdruck des Bruchstückes ist in der Ausgabe von Ulpian's Fragmenten von Böcking 1836 S. 75 flg. 1845, S. 101 flg. mit Facsimile. Ein Facsimile von Endlicher befindet sich im Catal. codd. philol. lat. bibl. palat. Vindob. 1836. tab. III. Vgl. Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. IX, S. 1 flg. Rudorff ebd. S. 7 flg.

85) Ueber andere Ausgaben s. Deurer, Grundr. S. 11, N. 5. Ueber das Zeitalter und den Verfasser s. Walch, de aetate fragmenti veteris ICti de iure fisci, Ien. 1839. Dirksen, verm. Schriften Bd. I, S. 32 flg. Lachmann, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. XI, S. 110—114. S. ferner die Literatur bei Deurer, Grundr. S. 136.

86) Es wurde zuerst von P. Pithou in der Ausgabe der Coll. leg. Mos.

g) Das sog. fragmentum regularum ex vetere ICto, oder fragmentum de iuris speciebus et manumissionibus, oder fragmentum Dositheanum, durch des Dositheus Magister ἑρμηνεύματα erhalten. Der Text ist griechisch, aber nach den darin vorkommenden Fehlern nur Uebersetzung. In Handschriften findet sich auch lateinischer Text, von dem bestritten ist, ob er der später theils absichtlich, theils zufällig veränderte Originaltext sei [87]). Die Ansichten über den Verfasser sind sehr verschieden; nach Einigen ist es Ulpian [88]), von dessen liber singularis regularum es ein Theil sein soll [89]); nach Anderen ist es eine von Dositheus selbst aus verschiedenen Schriften gemachte Zusammenstellung [90]); nach noch Anderen sind diese Bruchstücke aus den libri VII. Regularum von Paulus [91]). Es ist vielfach herausgegeben worden [92]). h) Lex Dei oder Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio, eine Zusammenstellung mosaischer und römischer rechtlicher Bestimmungen in 16 Titeln; die letzteren sind theils Stellen aus den Schriften der im Citirgesetze ausgezeichneten fünf Hauptjuristen, theils Constitutionen aus dem gregorianischen und hermogenianischen Codex; eine Constitution findet sich auch zum Theil im theodosischen Codex [93]). Die Vermuthungen über den Verfasser und die Zeit der Entstehung dieses Werkes sind verschieden [94]). Die ausschließliche Benutzung der durch das Citirgesetz ausgezeichneten fünf Hauptjuristen scheint auf die Abfassung nach 426 hinzudeuten, dieselbe aber noch vor 438, wo der theodosische Codex publicirt wurde, gesetzt werden zu müssen, weil dieser Codex nicht benutzt ist [95]). Die erste Ausgabe ist von P. Pithou aus einer jetzt in der königl. Bibliothek zu Berlin befindlichen Handschrift [96]); außerdem existiren noch andere

---

et Rom. 1573 bekannt gemacht; findet sich auch in der Ausgabe von Ulpian's Fragmenten von Böcking 1836 S. 108. 1845 S. 147.

87) Vgl. Zimmern, R. G. Bd. 1, S. 27. Hugo, R. G. S. 902. Schilling, de fragm. Dositheano. (Lisps. 1819.) p. 34. Lachmann, Vers. über Dositheus, Berlin 1837. Puchta, Instit. Bd. I, S. 500.

88) Cuiac. Obs. XIII. 31. XVIII. 20.

89) Meerman, Thes. T. VII. p. 742.

90) Schilling l. c. p. 37—56. Dirksen, civil. Abhdl. Bd. I, S. 87. Zimmern, R. G. Bd. I, S. 29.

91) Dies ist die Ansicht von Lachmann a. a. O. Ihr folgen Rudorff, Grundr. d. Gesch. d. röm. Rechtes S. 114. Böcking, Instit. Bd. I, S. 43, N. 5. Puchta, Instit. Bd. I, S. 500.

92) Zuerst lateinisch von P. Pithou, in der Ausgabe der Coll. legg. Mos. et Rom. v. 1573; griechisch und lateinisch von Roever, Lugd. Bat. 1739; von Schilling, Diss. crit. de fragm. Dositheano denuo gr. et lat. edito, Lips. 1819. Ueber andere Ausgaben s. Deurer, Grundr. S. 12, N. 7.

93) Coll. V. 3. vgl. mit L. 6. Th. C. (IX. 7.)

94) Die verschiedenen Ansichten hat Deurer, Grundr. S. 137 sammt der Literatur darüber aufgeführt.

95) Haenel, ad L. 6. Th. C. (IX. 7.) Heimbach iun., in der jenaischen Lit. Zeitg. 1843 S. 719.

96) Die Ausgabe von Pithou erschien unter dem Titel: Fragmenta quae-

Handschriften, die eine zu Wien von Blume zu Vercelli, die andere von Lancizolle zu Wien, entdeckt, mit deren Berücksichtigung Ersterer eine neue verbesserte Ausgabe besorgt hat[97]). i) Die sog. Vaticana fragmenta von Angelo Mai 1823 in einer vaticanischen rescribirten Handschrift entdeckt. Diese Handschrift, in welcher auf 100 Blättern ein Theil von Cassianus collationes sanctorum anachoretarum sich befindet, enthält 57 doppelt beschriebene Blätter, von welchen 22 in der ursprünglichen Schrift dem theodosischen Codex und ein Blatt der Lex Romana Burgundionum angehören, die übrigen aber Bruchstücke eines bisher unbekannten juristischen Werkes enthalten. Diese Bruchstücke hängen unter einander weder wesentlich zusammen, noch theilen sie die einzelnen Stellen vollständig mit, weil die in groß Quart bestehenden Blätter von dem Abschreiber jenes patristischen Werkes wieder in mehrere längliche Blätter zerschnitten und von neuem beschrieben worden sind. Nur 18 Blätter sind vollständig wieder herzustellen gewesen; die übrigen liefern nur die eine oder die andere Hälfte der Zeilen. Das Werk war in Titel eingetheilt, von denen jeder über eine bestimmte Lehre Stellen juristischer Schriften und kaiserlicher Constitutionen enthielt. Uns sind Bruchstücke von 7 Titeln erhalten. Erweislich sind nur Schriften von Papinian, Ulpian und Paulus zu Auszügen benutzt. Die angeführten Constitutionen umfassen die Zeit von M. Aurelius bis zu Valentinian I., Valens und Gratian, bis zu 372; fünf sind aus dem gregorianischen, eine aus dem hermogenianischen Codex mitgetheilt, keine aus dem theodosischen. Die Entstehung dieser Sammlung fällt hiernach nach dem J. 372 und vor der Publication des theodosischen Codex im J. 438; letzteres deshalb, weil dieser Codex nicht erwähnt ist, auch die mitgetheilten Constitutionen vollständigeren Text haben, als im theodosischen Codex[98]). Näher läßt sich die Zeit nicht bestimmen[99]). Für die Abfassung vor dem Ende des 4. Jahrhundertes und daß der Ort der Entstehung der Occident gewesen sei, spricht, daß der Verfasser einer solchen umfassenden Sammlung die neuesten kaiserlichen Constitutionen gewiß nicht unerwähnt gelassen

---

dam Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaii, Modestini aliorumque veterum iuris auctorum, ex integris ipsorum libris ante Iustiniani Imp. tempora collecta et cum Moysis legibus collata. Ex bibl. P. Pithoei, cuius etiam notae adiectae sunt. Lutet. 1573. Ueber die Identität der Pithou'schen Handschrift mit der auf der Berliner kön. Bibliothek befindlichen s. Blume, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. X, S. 298 flg.

97) Lex Dei sive Mos. et Roman. Leg. Collatio . . . edidit Fr. Blume, Bonn. 1833. Die critischen Beiträge und Verbesserungen älterer Gelehrten führt auf Deurer, Grundr. S. 138. Neuere sind von Blume, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. X, S. 307 flg. Lachmann ebd. S. 309 flg. Huschke ebd. Bd. XIII, S. 1 flg.

98) Vgl. Fragm. Vatic. §. 37. mit L. 2. Th. C. (III. 1.) — §. 37. mit L. 1. Th. C. (X. 17.) — §. 249. mit L. 2. Th. C. (III. 30.) L. 1. Th. C. (VIII. 12.)

99) Die verschiedenen Ansichten darüber s. bei Deurer a. a. O. S. 139.

haben würde [100]). Die erste Ausgabe ist von Angelo Mai [101]), eine spätere von Buchholtz [102]), die beste von Bethmann=Hollweg [103]). k) Die sog. Consultatio veteris Iureconsulti. Sie enthält mehrere Gutachten in verschiedenen Rechtsstreitigkeiten, welche einem Advocaten der verschiedenen Parteien ertheilt werden und weniger auf Eröffnung der eigenen Ansicht des Ertheilers der Gutachten, als auf Mittheilung der vom Fragsteller bei Gericht anzuführenden Texte (lectiones) abzwecken. Diese Texte sind aus den drei Codices und aus des Paulus sententiae entlehnt und kommen zum Theil anderwärts nicht vor. Der Ort der Abfassung scheint der Occident und zwar eine Provinz desselben zu sein [104]). Die Zeit der Entstehung wurde früher in den Anfang des 6. Jahrhundertes gesetzt, nach der Lex Romana Visigothorum, deren Kenntniß man bei dem Verfasser annahm, und vor den justinianeischen Rechtsbüchern. Jene Kenntniß der westgothischen Sammlung hat aber der Verfasser der Consultatio entschieden nicht gehabt, weil er Constitutionen aus den drei Codices und Stellen aus Paulus hat, welche in der westgothischen Sammlung nicht stehen, letztere aber allein in den Gerichten gebraucht werden durfte. Die Art der Erwähnung des Princeps in der Consultatio deutet auf Fortdauer der römischen Herrschaft hin. Es fällt daher diese Arbeit nach dem theodosischen Codex, wahrscheinlich zwischen 438 und 450, dem Todesjahre Theodos II., was aus der Art und Weise folgt, wie der Constitution, welche des Paulus sententiae bestätigte, Erwähnung geschieht [105]). Die erste Ausgabe ist von Cujas [106]), die neueste von Puggé [107]). — Durch die zuletzt gedachten drei juristischen Werke sind uns mehrere Stellen aus Schriften römischer Juristen mittelbar erhalten worden, welche sich anderwärts nicht finden.

9) Mittelbar, namentlich durch römische Gesetzsammlungen unter germanischen Königen erhaltene Ueberbleibsel der juristischen Literatur aus der Zeit vor Justinian. Das Meiste, was von der römischen Literatur auf uns gekommen ist, hat sich auf mittelbarem Wege erhalten. Das be=

100) Buchholtz, Praef. zu seiner Ausgabe der Vatic. fragm. p. IX.

101) Iuris civ. anteiust. reliquiae ineditae ... cur. Ang. Majo. Rom. 1823.

102) Regiom. 1828 mit critischen und exegetischen Anmerkungen.

103) Bonn. 1833.

104) Rudorff, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIII, S. 56 flg.

105) Consult. cap. VII. — — secundum sententiam Pauli Iuridici, cuius Sententias sacratissimorum principum scita semper valituras ac divalis constitutio declarat. Rudorff a. a. O. S. 62—66 bezieht mit Recht das divalis constitutio auf L. 2. Th. C. (I. 4.) von Constantin und das sacrat. princ. scita auf das Citirgesetz Theodos II. und Valentinian III., und schließt aus dem Ausdrucke sacratissimorum im Gegensatze von divalis, auf die Abfassung der Consultatio zur Zeit, wo die beiden Kaiser noch lebten.

106) Cujacii, Opera T. I. (Paris. 1577.) p. 271—280.

107) Im Bonner Corp. iur. anteiust. p. 391. sq.

deutendste und wichtigste Material ist in Justinian's Digesten enthalten, wovon später zu handeln ist. Nächstdem haben die römischen Gesetzsammlungen germanischer Könige, welche neue Reiche in ehemals römischen Provinzen beherrschten, einen nicht unbedeutenden Theil der juristischen römischen Literatur, wenngleich meistens in veränderter Gestalt, aufbewahrt. Die germanische Herrschaft in dem westlichen Theile des römischen Reiches war zunächst auf den Rechtszustand ohne Einfluß. Es galten nach wie vor die juristischen Schriften und die bis dahin entstandenen Sammlungen der Constitutionen. Allerdings war durch die Einwanderer ein neues Recht, nach welchem sie lebten, in das Land gekommen, von welchem das bisherige durch den Namen römisches Recht, lex Romana in der damaligen Sprache, unterschieden wurde. Beide Rechte bestanden nebeneinander getrennt; jedes hatte einen besonderen Kreis seiner Anwendung, das eine für die Germanen, das andere für die Römer, obgleich es an Einwirkungen des einen auf das andere in einzelnen Beziehungen nicht mangelte[108]). Die für einzelne der neugegründeten Reiche abgefaßten römischen Gesetzbücher, leges Romanae, sind für uns als Mittel der Ueberlieferung römischer Rechtsquellen wichtig und in dieser Beziehung hier zu erwähnen. Sie sind folgende: a) Die westgothische Sammlung (Lex Romana Visigothorum) unter König Alarich II. für die in seinem Reiche lebenden Römer im Jahre 506 abgefaßt. Sie ist aus den bisher üblichen Quellen zusammengetragen und wurde an deren Stelle gesetzt, so daß deren gerichtlicher Gebrauch untersagt wurde. Die Promulgation geschah 506 dadurch, daß das Werk in authentisch ausgefertigten Exemplaren durch ein sog. Commonitorium übermacht wurde. Dieses ist ein an der Spitze der ganzen Sammlung stehendes, an den Comes Timotheus gerichtetes Rescript, in welchem erwähnt wird, daß Goarich, der comes palatii, mit dem Geschäft der Publication beauftragt sei, und Anianus die Exemplare durch seine Unterschrift zu beglaubigen habe. Das Gesetzbuch erhielt bei seiner Abfassung keinen besonderen Namen; in der Unterschrift des Anianus wird es als codex de Theodosiani legibus atque sententiis iuris vel diversis libris electus bezeichnet. In den Handschriften hat es verschiedene Namen, bald Tituli de libro legum explanati, bald Lex Theodosii, bald Lex Romana und dergleichen. Der seit dem Mittelalter gewöhnliche Name ist Breviarium Alaricianum oder Breviarium schlechtweg. Es giebt davon viele Handschriften, bald mehr, bald weniger vollständig[109]). Die einzige Ausgabe des ganzen

---

108) Puchta, Instit. Bd. I, S. 664 flg. Ueber die Fortdauer des röm. Rechtes in den germanischen Reichen vgl. vorzüglich Savigny, Gesch. d. röm. Rechtes im Mittelalter Bd. I, S. 32—34. Bd. II, S. 1—82, 172—181. 2. Ausgabe.

109) Vgl. über die Handschriften Haubold, Praeterm. inprimis ad breviarium Alaricianum pertin. Prom. I. Lips. 1822. und in opusc. acad. T. II. p. 897—932. und Praef. p. 84—167. Savigny, Gesch. d. röm. Rechtes im

ist von Sichard[110]); eine neue Ausgabe hat Hänel begonnen[111]). In manchen Handschriften finden sich manche dem Gesetzbuche fremde Zusätze, wozu unter anderen eine Menge Stellen aus den drei älteren Codices und aus Paulus gehören, worin die dort vorkommenden, nur auf den gregorianischen Codex bezüglichen Worte institutio Gregoriani in neuerer Zeit zu der irrigen Annahme eines besonderen Rechtsbuches unter diesem Titel und zu dem Versuche der Restitution desselben geführt haben[112]). Den einzelnen Stellen des Gesetzbuches ist, außer bei den Institutionen des Gajus, weil diese selbst eine gänzliche Umarbeitung erfahren haben, eine Interpretatio beigefügt, welche gewöhnlich eine Paraphrase des Textes ist, bisweilen Verweisungen auf andere Stellen, mitunter auch Abänderungen enthält. Die einzelnen Stücke, welche dieses Rechtsbuch enthält, sind aa) der Theodosianus Codex, aber nur im Auszuge (s. oben); bb) die theodosischen und posttheodosischen Novellen, ebenfalls im Auszuge (s. oben); cc) die Institutionen des Gajus in 2 Büchern, eine Ueberarbeitung und Auszug der Institutionen dieses Juristen, jetzt epitome Gaii genannt, wovon es viele Ausgaben giebt[113]); dd) des Paulus sententiarum ad filium libri V, ebenfalls im Auszuge; der auch in Handschriften befindliche Name sententiae receptae ist wohl erst späteren Ursprunges; das Werk ist vielmals herausgegeben worden[114]); ee) einige Titel aus dem gregorianischen und hermogenianischen Codex (s. oben); ff) eine kleine Stelle aus Papiniani Lib. I. Responsorum[115]). b) Die Burgundische Sammlung (Lex Romana Burgundionum) später auch Papianus oder Papianus Liber I. responsorum genannt[116]), ist nach der gewöhnlichen

---

Mittelalter Bd. II, S. 63 flg. 2. Ausg. Haenel, Variet. script. ex Pauli a Visigothis epitomati Codicibus, Bonn. 1834.

110) Basil. 1528.

111) Davon ist das erste Heft erschienen unter dem Titel: Lex romana Visigothorum. ad LXXIII. libror. manscriptor. fidem. recognovit, septem eius antiquis epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit, annotatione, appendicibus, prolegomenis instruxit Gust. Haenel, Lipsiensis. Berol. 1847. Das zweite Heft Lips. 1849.

112) Klenze, Institutio Gregoriani aus der Pithou'schen jetzt Berliner Handschrift zum erstenmale herausgegeben, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IX, S. 235 flg. S. dagegen Hänel in Richter, crit. Jahrb. für teutsche RW. 1838 S. 587 flg.

113) Die erste ist von Bouchard (Bochardus) Paris. 1525. Von den späteren sind zu erwähnen die von Alexander (Venet. 1604) von Oiselius (Lugd. Bat. 1658.) und von Böcking (Bonn 1831).

114) Zuerst von Bouchard (Paris. 1525). Die neuesten Ausgaben sind von Hugo (Berlin 1795) und von Arndts (Bonn 1833). Zur letzteren Ausgabe gehört noch: Haenel, varietas scripturae ex Pauli a Visigothis epitomati Codicibus, Bonn. 1834.

115) In der Ausgabe von Sichard heißt sie Papiniani Titulus. Zuletzt ist sie abgedruckt in der Ausgabe Ulpian's von Böcking 1836 S. 104 flg. 1845 S. 145 flg.

116) Dieser spätere Name wurde schon im 9. Jahrhunderte gebraucht.

Ansicht zwischen 517 und 534 n. Chr. abgefaßt, weil in dem zweiten Prologus zur Lex Burgundionum (Gundobada), welcher dem von 517 bis 523 regierenden König Sigismund zugeschrieben wird, die Behörden angewiesen werden, nach den leges Romanae Recht zu sprechen; damit sich Niemand durch Unkenntniß entschuldigen könne, sollen sie eine geschriebene forma und expositio derselben erhalten. Dieses hier versprochene Rechtsbuch ist unsere Lex Romana; sie müßte daher nachher, aber vor 534, wo das burgundische Reich zerstört wurde, abgefaßt sein [117]). Eine neuere Ansicht geht dahin, daß jene zweite Vorrede der Lex Burgundionum die erste Constitution des Königs Gundobald, und das eigene Rechtsbuch der Burgunder sowohl, als die Lex Romana noch unter diesem Könige, welcher um 515 starb, entstanden sei [118]). Jedenfalls fällt die Zeit der Abfassung der Lex Romana nach der der Lex Burgundionum, weil erstere der Ordnung der letzteren unverkennbar folgt. Auch muß die Lex Romana nach der westgothischen Lex Romana abgefaßt sein, weil deren Interpretatio unzweifelhaft benutzt ist [119]). Als Quellen sind benutzt theils die burgundischen Gesetze, theils die drei älteren Codices, die theodosischen und posttheodosischen Novellen, die Institutionen des Gajus, die sententiae des Paulus, und das Breviarium. Die Behandlung ist zum Theil sehr roh. Das Ganze zerfällt in 48 Titel. Die Sammlung ist öfters herausgegeben worden [120]). c) Die ostgothische Sammlung (edictum Theodorici), nach der gewöhnlichen Meinung unter Theoderich 500 verfaßt und sowohl für Römer, als Gothen giltig [121]). Dagegen ist durch neuere

---

Klenze, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IX, S. 238 flg. Früher wurde vermuthet, er gründe sich auf einen Irrthum von Cujas; so von Savigny, Gesch. d. röm. Rechtes im Mittelalter Bd. II, S. 24 flg., 2. Ausg.

117) Savigny a. a. O. S. 13.

118) Gaupp, das alte Gesetz der Thüringer (Breslau 1834) S. 8 flg. Zöpfl, teutsche Staats= und Rechtsgesch. Bd. II, Abth. 1, §. 13, 19 a. E.

119) Savigny a. a. O. S. 32, N. b. Die umgekehrt von Gaupp a. a. O. S. 14 behauptete Benutzung der burgundischen Lex Romana in der westgothischen hat das gegen sich, daß die Interpretation der letzteren höhere juristische Bildung bekundet, als die burgundische Lex Romana.

120) Zuerst von Cujas 1566, welcher sie 1586 wieder abdrucken ließ; dann in Schulting, Iurisprud. Anteiustinianea (ed. Ayrer. 1737.) p. 827. sq., von Biener, im Ius civile anteiust. p. 1501. sq., zuletzt und am besten von Barkow, Gryphisw. 1826. Varianten aus einer vaticanischen rescribirten Handschrift theilt mit Angelo Majo in seiner Ausgabe der Vaticana fragmenta p. 104. sq.

121) So legt man die Worte des Prolog. Edict. Theod. aus: ... ut salva iuris publici reverentia et legibus omnibus cunctorum devotione servandis, quae Barbari Romanique sequi debeant super expressis articulis, edictis praesentibus evidenter cognoscant. Ebenso die Worte des Epilogus: Haec ... cunctis tam Barbaris quam Romanis sumus profutura complexi, quae omnium Barbarorum sive Romanorum debet servare devotio. Auch wird darauf Cassiod. Var. III. 13. VIII. 3. bezogen. Vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. II, S. 172 flg.

Forschungen nachgewiesen, daß in diesem Rechtsbuche die Interpretation zur westgothischen Lex Romana mehrfach benutzt worden ist[122]), so daß seine Verabfassung erst nach 506 und vor 526, wo Theoderich starb, zu setzen ist[123]); sowie auch durch dieselben Forschungen feststeht, daß das römische Recht im ostgothischen Reiche gleich anfänglich das ausschließlich geltende, sowohl für die alten Landesbewohner, als auch für die gothischen Einwanderer verblieben ist[124]). Denn wenn das ostgothische Reich dem oströmischen gegenüber in vollkommener factischer Selbstständigkeit bestand, so betrachtete man doch rechtlich das erstere als Theil des letzteren, den König als Repräsentanten des Kaisers, sein Heer als im Dienste des Staates stehend[125]). Selbst die Namen Gothen oder Barbari und Römer deuten nicht auf einen verschiedenen nationalen Ursprung, sondern auf verschiedene Berufsweisen hin, indem Gothen die Soldaten, Römer die Nichtsoldaten bezeichnen. Das Rechtsbuch zerfällt in 154 Titel. Seine Quellen, welche nicht besonders angegeben sind, sind erweislich die drei älteren Codices, die sententiae und responsa des Paulus und die westgothische Interpretation, die Bearbeitung dieser Quellen ist eine völlig neue, welche den ursprünglichen Sinn oft ganz entstellt hat. Das edictum Theodorici ist mehrfach herausgegeben worden[126]).

B. Justinian's Reform und Gesetzgebung. 1) Darstellung des Rechtszustandes bei dem Regierungsantritte Justinian's[127]). Zu der Zeit des Regierungsantrittes Justinian's im J. 527 n. Chr. galten im oströmischen Reiche als Rechtsquellen mit gesetzlichem Ansehen die Schriften der recipirten Juristen, deren Gebrauch durch das Citirgesetz geregelt war, und die kaiserlichen Constitutionen in den drei Codices, die Novellen von Theodos und Marcian und die Gesetze der späteren orientalischen Kaiser. Obgleich seit der letzten theilweisen Reform des Rechtszustandes unter Theodos II. und Valentinian III. noch kein Jahrhundert vergangen war, so war doch der Zustand von dem, für welchen der größte Theil des Rechtes

---

122) v. Glöden, das röm. Recht im ostgothischen Reiche, Jena 1843.

123) Glöden a. a. O. S. 22 flg.

124) Glöden a. a. O. S. 33 flg.

125) Ein Beleg dafür sind die Münzen der ostgothischen Könige, deren Vorderseite das Bild des Kaisers, die Kehrseite nur den Namen des Königs zu tragen pflegt. Pinder und Friedländer, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XII, S. 58 flg. Vgl. Puchta, Instit. Bd. I, S. 669, Anm. i.

126) Zuerst von P. Pithou (Pithoeus) als Anhang zu seiner Ausgabe des Cassiodorus (Paris. 1573.); dann in den Sammlungen der germanischen Gesetze von Georgisch, Canciani und Walter, weil die Quellen, aus denen das Rechtsbuch entstanden ist, ihr römisches Gepräge ganz verloren haben; am neuesten und besten von Rhon, Commentatio ad edictum Theodorici regis Ostrogothorum, Hal. 1816.

127) Vgl. Löhr, im Magaz. f. Rechtsw. u. Gesetzg. Bd. III, S. 177 flg. Savigny, Gesch. d. röm. Rechtes im Mittelalter Bd. I, S. 29 flg. Puchta, Instit. Bd. I, S. 673—675.

entstanden war, innerlich seitdem noch viel mehr abweichend geworden; das in den gesetzlich geltenden Büchern enthaltene Recht stand mit dem in den Gerichten zur Anwendung kommenden in vielen Stücken in entschiedenem Zwiespalt. Da der damaligen Zeit die Fähigkeit fehlte, durch die Wissenschaft das geschriebene Recht den Bedürfnissen der Gegenwart anzupassen, so hing bei der Anwendung des Rechtes alles von Zufall und Willkür ab. Der Plan Theodos II., das gesammte in den juristischen Schriften und in den Sammlungen der kaiserlichen Constitutionen enthaltene Material zum Behufe der Rechtsanwendung zu verarbeiten, war nicht zur Ausführung gekommen. Ohne dieses früheren Projectes zu gedenken, führte Justinian ein ähnliches aus. Das Bedürfniß verlangte gebieterisch, daß den Rechtsquellen eine Form gegeben würde, in welcher sie ein übersichtliches, der Fassungskraft der Zeit gemäßes, bequem zu handhabendes Ganze bildeten, und daß dabei durch Auswahl und etwaige Abänderungen ein unmittelbar anwendbares geschriebenes Recht hergestellt würde. Der Weg dazu war entweder die Umfassung aller Rechtsquellen, des Ius und der Leges, in Einem Buche, was eine Ausführung des theodosischen Vorhabens war, oder die besondere Zusammenstellung eines jeden der beiden gedachten Hauptbestandtheile des Rechtes, der juristischen Schriften und der Constitutionen. Für den letzteren Weg entschied die beträchtliche Masse des Materiales und zugleich die Möglichkeit einer Theilung der Arbeit, sowie auch der Umstand, daß der Stoff selbst in zwei natürliche Hälften zerfiel. Dieser Weg wurde auch gewählt und gewiß absichtlich und mit vorheriger Ueberlegung des ganzen Planes, obgleich es Justinian vermieden hat, sich über den seiner ganzen Reform zum Grunde liegenden Grundgedanken gleich anfangs vollständig auszusprechen [128]).

2) Einzelne Theile der Reformen Justinian's. a) Aelterer Codex [129]). Schon im zweiten Jahre seiner Regierung, im J. 528, verordnete Justinian, daß sowohl aus den älteren Sammlungen der kaiserlichen Constitutionen, als aus den später nicht mehr gesammelten Constitutionen eine neue Zusammenstellung in der Art gemacht werden sollte, daß alles Ueberflüssige, namentlich die Vorreden, das Wiederholte und gänzlich Veraltete weggelassen, Widersprüche beseitigt, für die Deutlichkeit durch die Vereinigung mehrerer zerstreuter Bestimmungen zu Einer Constitution gesorgt, endlich die nöthigen Zusätze und Abänderungen in den einzelnen Gesetzen gemacht würden. Die einzelnen Constitutionen sollten unter die entsprechenden Titel vertheilt, in jedem Titel nach der Zeitfolge geordnet, auch das Datum (dies et Consul) beigefügt werden, wo dasselbe bekannt sei. In der

128) Puchta a. a. O.

129) Die Hauptquellen für die Geschichte des älteren Codex sind, die Verordnung, wodurch dessen Bearbeitung anbefohlen wurde, die Const. Haec quae necessario v. 13. Febr. 528 und das Publicationsgesetz, die Const. Summa reipublicae v. 7. April 529.

Sammlung sollten alle Constitutionen von allgemeiner Giltigkeit enthalten sein, nicht blos die Edicte, sondern auch die Rescripte. Mit der Bearbeitung dieser Sammlung wurde eine Commission von zehn Männern beauftragt, unter denen sich Tribonian, obwohl nicht an der Spitze, und Theophilus, Rechtslehrer zu Constantinopel, befanden. Schon im April 529 war die Arbeit vollendet und wurde unter dem Namen Iustinianeus Codex[129a]) durch eine Constitution vom 7. April dieses Jahres publicirt, mit der Bestimmung, daß die älteren Codices und einzelnen Constitutionen nicht mehr gelten, auch die in den juristischen Schriften sich vorfindenden nicht mehr angeführt werden sollten, wenn sie im neuen Codex berücksichtigt und abgeändert worden wären. Die spätere Umarbeitung dieses Codex hat den Untergang dieser Redaction zur Folge gehabt. Der Inhalt derselben ist wohl größtentheils in die spätere Bearbeitung übergegangen. Doch finden sich in den Institutionen hin und wieder Constitutionen Justinian's erwähnt, welche in der späteren Redaction nicht stehen.

b) Digesten oder Pandecten (Codex iuris enucleati)[130]). Am 15. December 530 erging an Tribonian der Auftrag, ein Gesetzbuch aus den juristischen Schriften abzufassen, welches in 50 Bücher getheilt und Digesta oder Pandectae genannt werden sollte. Aus den Schriften der Juristen, welche wirklich zu den iuris auctores gehörten, sollte, mit Uebergehung der anderen nicht gebilligten, das Brauchbare ausgewählt und ohne andere Beschränkung, mit Weglassung des Veralteten und Ueberflüssigen, Vermeidung unnöthiger Wiederholungen, Verbannung aller Widersprüche und selbst mit etwa nöthiger Veränderung der ursprünglichen Fassung sollte somit aus der von alten Zeiten her immer mehr angehäuften Masse ein gereinigtes, practisches, unbestrittenes ius antiquum erstehen. Die Richtschnur für die Vertheilung in 50 Bücher und wieder in Titel, sollte theils der neue Codex, theils das Edict bilden. Zur Verhütung von Ungewißheiten in der Lesart wurde der Gebrauch der Abkürzungen

---

129a) Iustinianeus Codex, nicht Codex Iust. wie aus Const. Cordi nobis est §. 4. 5. hervorgeht.

130) Die Hauptquellen für die Geschichte der Digesten sind die Const. Deo auctore v. 15. December 530, welche den kaiserlichen Auftrag zur Verfertigung dieses Werkes enthält (de conceptione Digestorum); die Const. Tanta v. 16. December 533, wodurch das vollendete Werk bestätigt wird (de confirmatione Digestorum), mit der Bestimmung, daß es vom 30. December 533 an (zugleich mit den Institutionen) in Kraft treten solle. Die griechische Const. Δέδωκεν vom 16. December 533 ist das griechische Exemplar der kaiserlichen Bestätigungsverordnung. Hieran schließt sich die Const. Omnem v. 16. December 533, ad Antecessores, über die neue Einrichtung des juristischen Unterrichtes. Ueber diese Constitutionen vgl. historia Pandectarum authentica, sive Iustiniani de Pandectis epistolae III, una cum indice ICtorum Florentino, ex emendatione L. Th. Gronovii (Lugd. Bat. 1685.) cura F. C. Conradi, Hal. 1790. Weitere Schriften über dieselben führt an Deurer, Grundr. S. 163, Anm. 1.

(Siglen) beim Schreiben verboten, sowie auch zur Abschneidung entstehender Controversen die Abfassung von Commentaren über das Werk untersagt, und es wurden nur erlaubt, griechische Paraphrasen *κατὰ πόδα*, kurze Uebersichten über den Inhalt der einzelnen Titel (indices), nebst Verweisungen auf andere und Beibringung von Parallelstellen (*παρατίτλα*). Die zur Abfassung der Digesten niedergesetzte Commission bestand außer dem Haupte derselben, Tribonian, aus 16 Männern, welche sich derselbe selbst wählte; unter ihnen waren außer eilf Advocaten bei dem Gerichtshofe des prätorischen Präfecten zu Constantinopel, 4 Rechtslehrer (antecessores), Dorotheus und Anatolius von Berytus, Theophilus und Cratinus von Constantinopel, welche vier zugleich Staatsbeamte höheren Ranges waren. Bei der Arbeit sind Werke von 39 Juristen benutzt worden, welche 2000 Bücher und 3 Millionen Zeilen ausgemacht haben sollen und, nach Justinian's eigener Aeußerung, in den Digesten auf 150,000 Zeilen reducirt worden sind. Die Werke wurden hauptsächlich aus der Bibliothek Tribonian's entnommen und in ein Verzeichniß gebracht, welches eine Uebersicht derselben gewähren sollte, welches Justinian später den Digesten als ein Register der Juristen und Schriften, welche bei den Digesten gebraucht worden waren, vorsetzen ließ. Ob der index Florentinus, das in der ältesten auf uns gekommenen Pandectenhandschrift, der Florentinischen, befindliche Verzeichniß dieser Art ächt sei, ist bestritten[131]). Daß die Namen der Juristen und die Titel der Schriften meistentheils gräcisirt sind, ist kein Grund gegen die Aechtheit, da die unter Justinian und kurz nach ihm lebenden Juristen dies, wie aus den älteren Basilikenscholien hervorgeht, häufig zu thun pflegen; und die ferner gegen die Aechtheit geltend gemachte theilweise Abweichung des Verzeichnisses von dem wirklichen Inhalte der Digesten läßt sich sehr wohl daraus erklären, daß der index Florentinus ein vor der Abfassung der Digesten errichtetes Verzeichniß der damals zusammengebrachten juristischen Schriften ist. Die äußere Form der Digesten ist die, daß sie in 50 Bücher, jedes derselben in eine größere oder kleinere Anzahl von Titeln eingetheilt ist, deren jeder eine größere oder geringere Anzahl von Auszügen aus juristischen Schriften enthält. Diese Auszüge, welche bald fragmenta, bald leges, bald capita, von den gleichzeitigen Juristen *δίγεστα* genannt werden, haben eine Aufschrift (inscriptio), welche den Namen des Juristen und den Titel des excerpirten Werkes desselben angiebt. Nur das 30., 31. und 32. Buch machen insofern eine Ausnahme, als sie alle drei nur eine gemeinschaftliche

---

131) Für die Aechtheit erklären sich Dirksen, civil. Abhandl. Bd. I, S. 210 flg. Puchta, im rhein. Mus. Bd. III, S. 365 flg. Andere, welche Deurer, Grundr. S. 164, Anm. 3 anführt, erklären sich dagegen, wie Gronovius, hist. Pand. auth. (ed. Conradi) p. 153—170, und unter den Neueren Spangenberg, Einleitung in das Corpus Iuris civilis S. 24 flg. Böcking, Instit. Bd. I, S. 66.

Rubrik de legatis et fideicommissis haben, also eigentlich nur Einen Titel darstellen. Sämmtliche 50 Bücher bilden 7 Partes nach der Ordnung der Commentare zum Edict. Pars I enthält die ersten 4 Bücher und wurde πρῶτα genannt; Pars II (de iudiciis) enthält B. 5—11; Pars III (de rebus sc. creditis) B. 12—19; Pars IV von Justinian als die Mitte des Ganzen umbilicus genannt, B. 20—27; Pars V (de testamentis) B. 28—36; Pars VI B. 37—44; Pars VII B. 45—50. Noch werden besonders die libri singulares (B. 23—36)[132]) und die libri terribiles (B. 47, 48) hervorgehoben[133]). Das System der Pandecten ist im ganzen mit einigen Abweichungen, das des prätorischen Edictes[134]). Die Sprache der Digesten ist die lateinische; es kommen jedoch nicht nur einzelne griechische Wörter und Sätze im lateinischen Texte vor, sondern auch die Auszüge aus drei Schriften von Mäcian, Papinian und Modestin sind durchgehends griechisch[135]). Ganz unbegründet ist die Hypothese, daß der auf unsere Zeit gekommene lateinische Digestentext eine Rückübersetzung einer griechischen Uebersetzung der einzelnen Auszüge sei[136]). Die in den Handschriften und Ausgaben gewöhnlich sich vorfindende lateinische Uebersetzung der griechischen Wörter und Sätze im lateinischen Texte soll von Burgundio aus Pisa herrühren[137]). Die lateinische Uebersetzung der Excerpta aus griechischen Werken gehört wahrscheinlich dem 6. Jahrhunderte an[138]). Die Ordnung der Stellen in den einzelnen Titeln ist eine planmäßige, jedoch beruht sie blos auf äußeren Gründen[139]). Es wurden nämlich von den Bearbeitern der Digesten die zu excerpirenden Werke in drei Massen getheilt; die erste, die Sabinusmasse, enthielt besonders die Werke zu des Massurius Sabinus libri tres iuris civilis und das zweite Dritttheil der Bücher aus den Commentaren zum Edicte; die zweite, die Edictalmasse, besonders die noch übrigen beiden

---

132) Const. Omnem §. 3.

133) Const. Tanta §. 8.

134) Vgl. über dieses System besonders Hugo, civil. Magaz. Bd. II, S. 93 flg. Böcking, Instit. Bd. I, S. 68 flg. Die übrige Literatur darüber s. bei Deurer, Grundr. S. 166, Anm. 6.

135) Guadagni, diss. ad Graeca Pandectarum. Pis. 1786. Dirksen, de vestigiis linguae graecae in constitution. Impp. scriptisque ICtorum Romanorum. Regiom. 1817. Dirksen, civil. Abhandl. Bd. I, S. 1 flg.

136) Diese Vermuthung stellte auf Iensius, Stricturae ad iur. Rom. Pandectas et Codicem. (Roterod. 1737. 1749. Lugd. Bat. 1764.) Praef. p. 1—45.

137) Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. IV, S. 341 flg.

138) Kriegel, antiqua versio latina fragmentorum e Modestini libro de excusationibus in Digestis obviorum in integrum restituta, Lips. 1830. Savigny a. a. O. Bd. III, S. 482, 2. Ausg.

139) Blume, die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, in der Zeitschrift für geschichtl. RW. Bd. IV, S. 257—472 hat dies zuerst ausgeführt.

Dritttheile der Bücher der Edictscommentare, die dritte, die Papinianusmasse, hauptsächlich die Schriften Papinian's und überhaupt practische Werke. Die Bearbeiter theilten sich selbst wahrscheinlich in drei Ausschüsse, deren jeder sich des Excerpirens einer dieser Massen unterzog. Nach Beendigung dieser Arbeit vereinigten sich diese Ausschüsse wieder zu gemeinsamer Arbeit, theilten die zu einzelnen Titeln gehörigen Excerpte einander mit, nahmen das Brauchbare auf, ließen die Wiederholungen weg u. s. w. In jeder Masse waren die einzelnen Werke nach einer bestimmten, immer wiederkehrenden Ordnung excerpirt, und in derselben wurden die Excerpte bei der gemeinsamen Redaction unter die einzelnen Titel eingereiht. Von den einzelnen Titeln wurde die Masse, welche dafür die meisten Auszüge lieferte, vorangestellt, dann folgte die ihr der Zahl nach am nächsten kommende Masse; zuletzt folgte die Masse, welche die wenigste Ausbeute gewährte[140]). Häufig haben die Bearbeiter Veränderungen im ursprünglichen Texte vorgenommen, zu welchen sie, wo es ihnen nöthig schien, ermächtigt waren[141]). Solche Interpolationen heißen bei den Neueren Emblemata Triboniani[142]). Nicht selten kommen Stellen aus demselben Werke doppelt vor (sog. leges geminatae); ebenso einander ziemlich gleichlautende Stellen aus verschiedenen Werken (sog. leges similes)[143]). Zuweilen wurden Stellen an einem unpassenden Orte eingetragen (sog. leges fugitivae s. erraticae)[144]). Widersprechende Stellen (sog. Antinomiae) sollten nach Justinian's Absicht nicht vorkommen; sind aber doch nicht gänzlich vermieden[145]). Auch kommen Stellen vor, in deren einer derselbe Jurist eine Meinung billigt, in der anderen zurücknimmt (sog. leges retractatae, retractationes legum), welche von den Antinomieen zu unterscheiden sind.

c) Institutionen[146]). Während der Bearbeitung der Digesten und wohl noch vor gänzlicher Beendigung derselben ließ Justinian durch Tribonian, und die beiden Rechtslehrer, Teophilus von Constantinopel und Dorotheus von Berytus, ein Lehrbuch für den

---

140) Die weitere Literatur über dieses Verfahren s. bei Deurer a. a. O. S. 167 flg.

141) Const. Deo auctore §. 7—10.

142) Seit Wissenbach, Emblem. Triboniani, Groening. 1633 ist dieser Name gebräuchlich. Es ist aber vielfacher Mißbrauch mit der Annahme von solchen Interpolationen getrieben worden. Die Literatur darüber s. b. Daurer a. a. O. S. 168.

143) Blume, de geminatis et similibus, quae in Digestis inveniuntur, capitibus, Ien. 1820. Blume, in der Zeitschr. für gesch. Ref. Bd. IV, S. 344 flg.

144) S. die Literatur darüber bei Deurer a. a. O. S. 168.

145) S. die Literatur darüber bei Deurer ebd.

146) Für die Entstehung der Institutionen sind als Quellen wichtig die Const. Tanta §. 11 und das prooemium Institutionum oder die Const. Imperatoriam maiestatem vom 21. November 533.

juristischen Unterricht unter dem Namen Institutiones, welcher schon bei ähnlichen Werken dieser Art früher gebräuchlich war, abfassen, welches an die Stelle älterer bei dem Unterrichte gebräuchlicher Lehrbücher treten sollte, ut sint totius legitimae scientiae prima elementa. Dieses Werk sollte zugleich mit den Digesten am Schlusse des J. 533 in Kraft treten, nachdem es am 21. November desselben Jahres publicirt worden war. Die Institutionen zerfallen in 4 Bücher, und diese wieder in Titel[147]). Die Quellen der Institutionen sind vor allen nach Justinian's eigener Ausgabe in dem Vorworte die Institutionen des Gajus und dessen res quotidianae, dann aber auch die Institutionen der älteren Juristen überhaupt und andere juristische Schriften. Zugleich ist auch auf kaiserliche Constitutionen, namentlich die eigenen Justinian's Rücksicht genommen. Auch wird in den Institutionen bisweilen auf die Digesten und auf den älteren Codex verwiesen[148]); was den letzteren betrifft, theils auf in den neuen Codex nicht aufgenommene Constitutionen[149]), theils auf Constitutionen, welche auch in den neuen Codex übergegangen sind[150]), wenn sich gleich dieselben in den auf uns gekommenen Handschriften desselben nicht finden[151]). Manche Stellen der Institutionen sind die einzige Quelle für einen Rechtssatz oder eine historische Nachricht (loci singulares Institutionum)[152]); deren Zahl ist aber seit der Entdeckung der Institutionen des Gajus sehr verringert worden. Das System der Institutionen ist im wesentlichen das der Institutionen des Gajus, so daß dieselben in 3 Hauptabschnitte, von den Personen, von den Sachen im weiteren Sinne, und von den Klagen zerfallen[153]). Die Sprache der Institutionen ist durchgehends die lateinische. Der Styl ist im ganzen klar und rein, was sich hauptsächlich aus der oft wörtlichen Benutzung der Institutionen des Gajus und anderer älterer Werke erklärt.

d) Neuerer Codex (Codex repetitae praelectionis)

---

147) Im dritten Buche ist die Titelzahl in den Ausgaben verschieden, indem einige 29, andere 30 Titel enthalten, was daher rührt, daß Justinian im §. 9 Inst. de gradibus cognationis (III. 6.) darauf aufmerksam macht, daß er zur Verdeutlichung der Berechnung der Grade der Verwandtschaft eine Verwandtschaftstafel habe einrücken lassen, wofür in manchen Handschriften ein leerer Raum gelassen, aber nicht ausgefüllt worden ist, wodurch der Irrthum entstanden ist, es sei hier eine Titelrubrik ausgefallen, so daß vom §. 9 des sechsten Titels an ein neuer Titel de servili cognatione eingeschoben wurde. Die richtige Titelzahl des 3. Buches ist 29 Titel.

148) Verweisungen auf die Digesten finden sich z. B. in §. IV. Inst. (I. 10.) pr. Inst. (III. 12.) §. 2. Inst. (III. 23.) §. 2. Inst. (IV. 6.)

149) Z. B. §. 7. Inst. (III. 2.)

150) Z. B. §. 5. Inst. (I. 20.) pr. Inst. (II. 11.)

151) Z. B. §. 11. Inst. (II. 10.) §. 24—28. 34. Inst. (II. 20.)

152) Z. B. die Nachricht über den Ursprung der Codicille im pr. Inst. (II. 25.)

153) §. 12. Inst. (I. 2.) Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.

und die fünfzig Entscheidungen (quinquaginta decisiones). Die zu unternehmende Bearbeitung der Digesten machte es nothwendig oder wenigstens rathsam, daß mehrere unter den älteren Juristen streitig gewesene wichtige Rechtsfragen durch die Gesetzgebung entschieden wurden. Justinian ertheilte mehrere solcher Entscheidungen, beschränkte sich indessen dabei nicht blos auf Entscheidungen von Streitfragen, sondern hob auch ältere in den Schriften der Juristen noch als practisch vorkommende Rechtsinstitute auf, worauf er selbst hindeutet[154]). Justinian erließ funfzig solcher Constitutionen, die er selbst als quinquaginta decisiones bezeichnet[155]), mit welchem Namen sie noch jetzt belegt werden. Sie sind in den Jahren 529 bis 532 erlassen worden, größtentheils wohl vor der Bearbeitung der Digesten. Höchstwahrscheinlich gab es davon eine besondere officielle Sammlung[156]). Hauptsächlich diese Decisionen und andere Constitutionen Justinian's, welche das ältere Recht abänderten, machten, weil sie jünger als der ältere Codex waren und sich in demselben nicht vorfinden konnten, eine Umarbeitung und Vervollständigung desselben nothwendig[157]). Mit dieser Arbeit wurde wieder Tribonian beauftragt, der als Gehilfen den Rechtslehrer Dorotheus und drei auch unter den Bearbeitern der Digesten befindliche Advocaten, Menna, Constantin und Johannes, erhielt. Der neue Codex, den wir Codex repetitae praelectionis zu nennen pflegen, wurde am 16. November 534 publicirt, zugleich auch der Gebrauch des älteren Codex und der übrigen Constitutionen sammt den 50 Decisionen untersagt. Dieser neue Codex ist in 12 Bücher, jedes derselben in eine Anzahl Titel getheilt. Jeder Titel enthält die einzelnen Verordnungen (Constitutiones oder Leges) in chronologischer Ordnung. Jede Constitution hat in der Regel eine inscriptio, welche die Angabe des Kaisers, von welchem sie herrührt, und der Behörde oder der Privatperson, an welche sie gerichtet ist, enthält, sowie eine subscriptio, in welcher die Angabe des Ortes, von welchem aus, und der Zeit, zu welcher die Constitution erlassen ist, enthalten ist. Oft trägt eine inscriptio auch nach der Trennung des

---

154) §. 3. Inst. (I. 5.)

155) Const. Cordi nobis est §. 1 d. i. das Publicationspatent zum neuen Codex.

156) Dies ergiebt sich sowohl aus §. 3. Inst. (I. 5.) wo die decisiones im Gegensatze der alia constitutione quae radiat inter imperiales sanctiones erwähnt werden (vgl. auch §. 16. Inst. (IV. 1.) L. un. §. 10. C. (VI. 51.) Const. Cordi nobis est §. 1. 5.), theils aus den Worten der sog. Turiner Glosse sicut libro L. constitutionum invenies. Vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. II, S. 201 flg., 452, 241, 2. Ausgabe. Die Literatur über die 50 Decisionen und die Versuche, sie zusammenzustellen und zu erklären, s. bei Deurer, Grundr. S. 174.

157) Für die Entstehungsgeschichte des neuen Codex ist das Publicationspatent zu demselben vom 16. November 534, die Const. Cordi nobis est, wichtig.

Reiches den Namen mehrerer Kaiser; für welchen Theil des Reiches die Constitution erlassen worden ist, muß dann hauptsächlich aus dem Orte ihrer Ausfertigung beurtheilt werden. Die Quellen des neuen Codex waren die drei älteren Codices, der gregorianische, hermogenianische und theodosische, die theodosischen und posttheodosischen Novellen, die Constitutionen der Vorgänger Justinian's in der Herrschaft im oströmischen Reiche seit dem Aufhören des westlichen Reiches, und die eigenen Verordnungen Justinian's, besonders die 50 Decisionen. Im Codex finden sich Constitutionen der Kaiser von Hadrian an bis Justinian[158]). Auch Bruchstücke aus den Schriften der Juristen finden sich darin[159]). Die Sprache der meisten Constitutionen ist die lateinische, verhältnißmäßig wenige aus späterer Zeit sind griechisch. Der Inhalt der Constitutionen bezieht sich auf Privatrecht, Kirchenrecht und öffentliches Recht. Das Kirchenrecht betreffen die ersten 13 Titel des 1. Buches; die übrigen Titel des 1. Buches handeln theils von den Rechtsquellen, theils von den öffentlichen Behörden. Buch 2—8 enthalten Privatrecht, Buch 9—12 Criminalrecht und öffentliches Recht. Das System des Codex ist das des prätorischen Edictes, also im wesentlichen das der Digesten; doch folgt der Codex der Edictalordnung noch mehr. Als Regel läßt sich aufstellen, daß immer Ein Buch des Codex einer pars der Digesten entspricht, mit Ausnahme des ersten und zweiten Buches, welche zusammen der ersten pars der Digesten entsprechen[160]). Den Bearbeitern des Codex haben in Bezug auf die Art und Weise des bei der Bearbeitung zu beobachtenden Verfahrens dieselben Befugnisse zugestanden, wie den Bearbeitern der Digesten. Es finden sich daher auch im Codex Interpolationen, Geminationen und leges fugitivae, sowie Antinomieen.

e) Novellen[161]). Schon im Patent zur Publication des neuen

---

158) Eine Uebersicht der in den Codex aufgenommenen Constitutionen, nach den einzelnen Kaisern geordnet, giebt Wieling, Iurisprud. restit. T. II. p. 3—143.

159) So am Schlusse des Titels ad Leg. Iulian. maiest. (IX. 8.) zwei Stellen aus Schriften von Paulus und Marcian, Beilagen zu einer verloren gegangenen griechischen Constitution, was daraus hervorgeht, daß der in die Basil. 60. 36. 19. (ed. Heimb. T. V. p. 713.) aufgenommene index des Thaleläus auch diese Stellen mit excerpirt hat und daß Theodorus offenbar diese Stellen meint, wenn er eine L. 6. 7. C. (IX. 8.) citirt. Vgl. Sch. *Θεοδώρου*. Basil. T. V. p. 696. Sch. *Θεοδώρου*. Basil. T. V. p. 713. Vgl. auch Biener, Beitr. z. Revision des justin. Codex (Berlin 1833) S. 171 flg.

160) Ueber die Ordnung im Codex vgl. Giphanius, Oecon. Iur. p. 24 sq. I. Gothofredus, Ordo s. series Cod. Iustin. in dessen Manual. Iur. (Genev. 1659) p. 173 sq. Oberg, de ordine, quo Constitutionum Codex, quem in Corpore iuris habemus, compositus sit, praesertim quoad eos libros, quibus hodie utimur, Gotting. 1831. Das System des Codex stellt kurz und übersichtlich dar Deurer, Grundr. S. 175 flg.

161) Das Hauptwerk über diesen Theil von Justinian's Gesetzgebung ist Biener, Gesch. der Novellen Justinian's, Berlin 1824.

Codex hatte sich Justinian die Erlassung neuer, zur Abänderung oder Ergänzung des geltenden Rechtes nöthig werdender Constitutionen vorbehalten[162]). Er erließ auch bis zu Ende seiner Regierung eine Menge solcher Constitutionen. Diese neuen Constitutionen führten den Namen Novellae; es hieß nämlich eine nach dem Codex publicirte Verordnung *νεαρὰ διάταξις μετὰ τόν κώδικα*, novella constitutio post Codicem; dies wurde bald in Novella, *Νεαρὰ* abgekürzt. Veranlaßt wurden diese nachträglichen Constitutionen theils durch dem Kaiser zur Entscheidung zukommende Rechtsfälle, theils durch an ihn gebrachte Beschwerden, theils durch Anträge und Anfragen von Staatsbeamten. Die älteste Novelle (Nov. 1.) ist vom 1. Januar 535. Die jüngste (Nov. 137.) von 564 oder 565. Im ganzen haben wir, wenn die doppelten Novellen abgerechnet werden, etwa 165 solcher Novellen, indem zu den in unserer Novellensammlung enthaltenen noch andere auf andere Weise erhaltene Constitutionen Justinian's hinzukommen. Die meisten Novellen sind griechisch; wenige sind griechisch und lateinisch zugleich publicirt (Nov. 17. 18. 32. 111.). Blos lateinisch sind ursprünglich publicirt Nov. 9. 11. 17. (Anfang) 23. 33. 35. 36. 37. 62. 75. 104. 114. 138. 143. 150., entweder weil sie blos auf örtliche Angelegenheiten lateinischer Länder Bezug haben, oder allgemeine Instructionen für die öffentlichen Behörden enthalten. Die regelmäßigen Bestandtheile einer Novelle sind 1) die inscriptio, den Namen des Kaisers und den Namen und Titel dessen enthaltend, an welchen sie erlassen worden ist; 2) die praefatio (*προοίμιον*), in welcher die Veranlassung zu der Verordnung erzählt oder der Inhalt der Verordnung übersichtlich dargestellt wird; 3) die eigentliche Constitution, welche gleichzeitig, schon von Justinian selbst öfters, in Capitel (*κεφάλαια*) eingetheilt war; 4) der epilogus, in welchem gewöhnlich Anordnungen über die Publication der Constitution, Strafandrohungen gegen Zuwiderhandelnde u. a. m. enthalten sind. 5) Die subscriptio, welche Angabe des Ortes und der Zeit des Erlasses der Constitution enthalten[163]). Der Inhalt der Novellen ist verschieden; einzelne beziehen sich auf öffentliches Recht, andere auf Kirchenrecht, noch andere auf Privatrecht. Häufig sind in den einzelnen Novellen sehr verschiedene mit einander in keinem Zusammenhange stehende Vorschriften enthalten, so daß hiernach Justinian nach Maßgabe des Bedürfnisses und der Gelegenheit in Einer Constitution verschiedene Gegenstände zusammengefaßt hat. Eine officielle Sammlung der Novellen ist zwar von Justinian schon bei der Publication des neuen Codex in Aussicht gestellt worden[164]), welche auch bei der

---

162) Const. Cordi nobis est §. 4.

163) In den Basiliken ist die inscriptio, das prooemium, der epilogus und die subscriptio regelmäßig weggelassen; das prooemium ist in den Scholien gewöhnlich nachgetragen.

164) Const. Cordi nobis est §. 4. in aliam congregationem referatur, quae Novellarum nomine constitutionum significetur.

Aufbewahrung dieser Constitutionen im kaiserlichen Archive[165]) leicht herzustellen gewesen wäre; es ist aber eine solche officielle Sammlung nicht zu Stande gekommen[166]). Dies geht theils daraus hervor, daß die auf uns gekommenen Sammlungen verschieden sind, theils aus ausdrücklichen Zeugnissen[167]). Schon zu Justinian's Zeiten existirten Privatsammlungen. Der Antecessor Stephanus, welcher zu den Digesten einen Commentar schrieb, von dem ein großer Theil noch in den Scholien der Basiliken erhalten ist, bediente sich einer Sammlung, welche der der 168 Novellen sehr ähnlich ist[168]). Einer anderen Sammlung, welche in der Reihenfolge und Zahl der Novellen abwich, folgte der in den Basilikenscholien so häufig vorkommende Jurist, der von den Griechen als Anonymos bezeichnet wird. Ueberhaupt haben wir Kenntniß von folgenden Novellensammlungen: 1) die vollständigste ist eine Sammlung von 168 Novellen in griechischer Sprache[169]), welche die ersten 120 Novellen in chronologischer Ordnung enthält, von Nov. 121 an einen ungeordneten Auszug darbietet, dem selbst fremde Bestandtheile beigemischt sind. Abgesehen davon, daß vier Novellen Justinian's doppelt aufgeführt werden (Nov. 33 = 34. Nov. 41 = 60. Nov. 75 = 104. Nov. 143 = 150.), sind vier Novellen von Justin II. (Nov. 140. 144. 148. 149.) und drei Novellen von Tiberius II. (Nov. 161. 163. 164.) und vier Edicte der prätorischen Präfecten (Nov. 165. 166. 167. 168.)[170]) aufgenommen worden. Einen Anhang dazu bilden XIII Edicta Iustiniani[171]), wovon aber drei (Nov. 8. 111. 122.) schon in der Sammlung enthalten sind. Diese Sammlung kann erst kurz nach Tiberius II., der von 578—582 regierte, entstanden sein, da sie Novellen dieses Kaisers enthält. Schon der vorher erwähnte Anonymus oder Enantiophanes muß diese Sammlung gekannt haben. Sie ist von den späteren Juristen und in den Basiliken vorzugsweise benutzt worden; namentlich liegt sie

---

165) Nov. 17. pr. Nov. 24. cap. 6. Nov. 25. cap. 6. Nov. 26. cap. 5. §. 1.

166) Anderer Meinung ist Hombergk zu Vach, de Collectione Novellarum a Iustiniano facta, Marburg. 1741.

167) Ein solches ist das des Patriarchen Johannes Scholasticus, welcher bald nach Justinian's Tode einen Auszug der die Kirchen angehenden Novellen dieses Kaisers abfaßte und diese so bezeichnet: *ἐκ τῶν σποράδην κειμένων καὶ ἐκφωνηθεισῶν ὑπὸ τοῦ τῆς θείας λήξεως Ἰουστινιανοῦ μετα τὸν κώδικα θειῶν νεαρῶν διατάξεων.* Vgl. Voelli et Iustelli, bibl. iur. canon. T. II. p. 604. Heimbach iun., Anecdot. T. II. p. 208.

168) Die nähere Nachweisung wird in den Prolegomenen zu den Basiliken geliefert werden.

169) Heimbach iun., de origine et fatis corporis, quod 168 novell. const. constat, Lips. 1844. Vgl. dazu Zachariä in Richter, crit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. XVII, S. 84 flg.

170) Vgl. über die drei letzteren Novellen Heimbach iun., in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. VIII, S. 341 flg.

171) Kind, diss. I—III. de XIII. Iustiniani Edictis, Lips. 1793—1811.

schon dem Novellenauszuge des Theodorus zum Grunde. 2) Eine andere Sammlung ist die Grundlage der epitome Novellarum von Julian. Dieser Novellenauszug, welcher lateinisch ist, ist ungefähr 556 abgefaßt und war wahrscheinlich für das damals neu eroberte Italien bestimmt. Er enthält 125 Novellen mit einigen späteren Nachträgen, welche von Nov. 40 an chronologisch geordnet sind[172]). Dieselbe Sammlung scheint der sog. Anonymus benutzt zu haben, wie theils aus desselben in den Basilikenscholien vorkommenden Novellencitaten, theils aus den uns erhaltenen Bruchstücken eines griechischen Novellenauszuges hervorgeht[173]). 3) Eine andere Sammlung ist von dem Verfasser der ῥοπαί, der Schrift de diversis temporum praescriptionibus, welche fälschlich einem gewissen Eustathius zugeschrieben wird, benutzt worden, welche in Ansehung der Zahlen der citirten Novellen von der Sammlung der 168 Novellen sehr abweicht[174]). 4) Wieder eine andere Sammlung liegt dem Novellenauszuge von Athanasius zum Grunde. So fehlen darin die Novellen von Tiberius II., die in der Sammlung der 168 Novellen befindlichen Edicte der prätorischen Präfecten, sowie umgekehrt in letzterer Sammlung die von Athanasius im Tit. 4. const. 12. Tit. 20. const. 5 ausgezogenen Novellen fehlen[175]). Auch die von Julian benutzte Sammlung war verschieden; denn die von Athanasius Tit. 20. const. 5 epitomirte Novelle fehlt bei Julian. 5) Eine andere Sammlung ist die Grundlage des im Mittelalter unter dem Namen Authenticum, liber Authenticorum bekannten, jetzt gewöhnlich Versio vulgata genannten Werkes, welches theils eine getreue lateinische Uebersetzung der griechischen Novellen, theils den Urtext der ursprünglich lateinischen Novellen enthält. Es umfaßt 134 Novellen, von denen die ersten 129 streng chronologisch zusammengestellt sind[176]). 6) Noch wird einer Sammlung der Novellen Erwähnung gethan,

---

172) Ausgaben sind von Miraeus, Lugd. 1561. A. Augustinus, Ilerdae 1567. P. Pithoeus, Basil. 1576. Vgl. Haubold, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IV, S. 133 flg., 491 flg. Hänel ebd. Bd. VIII, S. 357 flg. Biener, Gesch. der Nov. S. 70 flg., 604 flg.

173) Vgl. Zachariae, Anecd. (Lips. 1843) p. 198 sq. 203. sq. Ungeachtet Heimbach iun. in Richter, Jahrb. Bd. VI, S. 971 flg., Bd. XVII, S. 322 flg. sehr gegen die Verwandtschaft der von dem Anonymos gebrauchten Sammlung mit der von Julian gebrauchten polemisirt hat, ist dieselbe dennoch nicht zu leugnen und wird dies umständlicher in den Prolegomenen zu den Basiliken nachgewiesen werden.

174) Vgl. Zachariae αἱ ῥοπαί (Heidelb. 1836) p. 31. 76.

175) Vgl. Heimbach iun., Anecdot. T. I. Prolegom. zu Athanasius.

176) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes Bd. III, S. 490 flg. 2. Ausg. Biener, Gesch. der Nov. S. 243 flg. Eine neue critische Ausgabe mit sehr ausführlichen Prolegomenen ist erschienen unter dem Titel: Authenticum. Novellar. Constitution. Iustin. Versio vulgata. Edidit. G. E. Heimbach (iun.) P. I. Lips. 1846. P. II. ibid. 1851. Vgl. darüber (über P. I.) die Recension von Zachariä in Richter, Jahrb. Bd. XXI, S. 110 flg.

welche bei den späteren Griechen nach den Basiliken unter dem Namen τὸ πλάτος τῶν νεαρῶν vorkommt und sich auf die in der Sammlung der 168 Novellen enthaltenen Novellen Justinian's allein beschränkte, so daß die Novellen Justin II., Tiberius II. und die Edicte der prätorischen Präfecten daraus weggelassen wurden, daher diese Sammlung nur 157 Novellen enthielt[177]). Sie ist aber weiter nichts, als die Sammlung der 168 Novellen mit diesen Weglassungen. Vergleichende Uebersichten der Novellen nach ihrer Ordnung in den verschiedenen Sammlungen haben neuere Gelehrte aufgestellt[178]).

C. Schicksale des römischen Rechtes nach Justinian.

I. Im Orient[179]). Der größentheils lateinische Text der justinianeischen Rechtsbücher erschwerte den Gebrauch derselben für die Bewohner des oströmischen Reiches ungemein. Um so mehr lag es in der Natur der Verhältnisse, daß bald statt der Originalrechtsbücher griechische Uebersetzungen und Bearbeitungen derselben in Gebrauch kamen. Bei diesen wurde die Vorschrift Justinian's, daß nur wörtliche Uebersetzungen (κατὰ πόδας) und παράτιτλα zu seinen Rechtsbüchern geschrieben werden sollten, nicht auch Commentare abgefaßt werden dürften[180]), nicht streng beobachtet. Der Grund der Vernachlässigung dieses Verbotes lag wohl darin, daß die Auslegung und Erklärung der Rechtsbücher in den juristischen Lehranstalten keiner Beschränkung durch Justinian's Lehrplan unterworfen, vielmehr den Rechtslehrern hierin völlige Freiheit gelassen war. Die Commentare des Stephanus, Dorotheus und Thaleläus sind höchstwahrscheinlich durch die Vorträge dieser Rechtslehrer in den Rechtsschulen entstanden, wie aus ihrer ganzen Form und Fassung, welche mehr auf einen mündlichen Vortrag, als auf eine juristische Schrift hinweist, hervorgeht. Diese Commentare trugen den Namen indices. Der Ursprung dieses Namens ist in §. 12 Inst.

---

177) Die Venetianer Novellenhandschrift enthält nur die justinianeischen Novellen. Vgl. über diese Sammlung Pselli libellus de Novellis Iustiniani graece scriptus ex literis Ed. Tannebergi edid. Berger (Lips. 1836) p. 17. Heimbach iun., Anecdot. T. I. p. 31. et Addend. p. 269. Witte in Richter, Jahrb. 1837 S. 391 flg. Mortreuil, histoire du droit Byzantin ou du droit Romain dans l'empire d'Orient. T. I. (Paris. 1843) p. 34—40.

178) S. Böcking, Instit. Bd. I, S. 73—78. Biener, Geschichte der Nov. S. 535 flg., 543 flg.

179) Literatur: Suaresii, Notitia Basilicorum, Rom. 1637. rec. Pohl. Lips. 1804. Heimbach sen., diss. de Basilicorum origine, fontibus, scholiis atque nova editione adornanda, Lips. 1825 (eine Jugendschrift, welche nicht die ihr geschenkte Beachtung verdient). Biener, de collectionibus canonum ecclesiae graecae, Berol. 1827. Zachariae, historiae iuris Graeco-Romani delineatio, Heidelb. 1839 (darüber Heimbach iun. in Richter, Jahrb. Bd. VI, S. 953 flg.) Mortreuil, histoire du droit Byzantin ou du droit Romain dans l'empire d'Orient. 3. vol. Paris. 1843—1846 (s. darüber Zachariä in Richter, Jahrb. Bd. XVI, S. 794 flg., 1083 flg., Bd. XXII, S. 581 flg.).

180) Const. Deo auctore §. 12. Const. Δέδωκεν §. 21. Const. Tanta. §. 21.

IV. 18 zu suchen, wo es heißt: Sed de publicis iudiciis haec exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito et quasi per indicem ea tetigisse. Theophilus[181]) übersetzt dies so: Ἀλλὰ περὶ τῶν πουβλίκων δικαστηρίων ἀρκεῖ ταῦτα διδάξαι ὡς δυνατόν δέξασθαι νέους καί ἄκρῳ γεύσασθαι τῷ δακτύλῳ διὰ συντόμου παραδόσεως. Theophilus nennt hier index eine σύντομος παράδοσις, eine brevis expositio, was man in der späteren Zeit eine Summe nannte. Eine solche kurze Auseinandersetzung sahen die Juristen Justinian's als durch das Verbot des Kaisers nicht berührt an; sie beschränkten sich aber nicht darauf, sondern legten auch den umständlichen und weitläufigeren Erläuterungen der Rechtsbücher den Namen index, griechisch ἴνδιξ, bei. Dies scheint sich ursprünglich auf die Erläuterungen in den juristischen Vorlesungen beschränkt zu haben. Diese dort gegebenen Erläuterungen wurden aber bald, wahrscheinlich durch die Zuhörer der Rechtslehrer, verbreitet und kamen auch nach und nach in Gebrauch in den Gerichten. Die noch erhaltenen zahlreichen Stücke dieser indices in den älteren Scholien der Basiliken weisen ihrer ganzen Form und Fassung nach auf ihren Ursprung durch den academischen Unterricht hin und tragen die Spuren des Unterrichtes noch vielfach an sich, so daß sie geschriebene Collegienhefte zu sein scheinen. Durch die Verbreitung dieser Collegienhefte wurde das Verbot des Kaisers, Commentare zu seinen Rechtsbüchern zu schreiben, unnütz und so erklärt sich, daß die weitläufigen Commentare der oben genannten Rechtslehrer zu den Digesten und zum Codex ungeachtet des kaiserlichen Verbotes entstanden sind und in den Gerichten Beachtung gefunden haben. Ueberhaupt ist der juristische Unterricht, bei welchem die justinianeischen Rechtsbücher nach dem Lehrplane des Kaisers zum Grunde gelegt wurden, die Veranlassung zur Bearbeitung dieser Rechtsbücher gewesen. 1) Die Institutionen wurden bald nach ihrem Erscheinen bearbeitet. Es giebt davon die bekannte auf uns gekommene Paraphrase des Theophilus, welche ursprünglich ein Collegienheft über dessen Vorträge der Institutionen gewesen ist[182]). Auch dem Stephanus und Dorotheus wird eine Bearbeitung dieses Lehrbuches zugeschrieben[183]). 2) Die Digesten haben unter und bald nach Justinian vielfache Bearbeitung gefunden. Am wichtigsten sind die unter dem Namen indices bekannten Commentare des Dorotheus und Stephanus. Der des Do-

181) Paraphr. Instit. IV. 18. 12.

182) Ueber Theophilus vgl. Sammet, de Theophili vita et Ἑρμηνείᾳ Instit., Lips. 1750. Degen, Bemerkungen über das Zeitalter u. s. w. des Theophilus, Lüneb. 1809. Zachariae, delineatio §. 16. p. 25. sq. Mortreuil, histoire T. I. p. 123—127. 274—279. Die beste Ausgabe der Paraphrase ist Theophili, Antecessoris paraphrasis graeca Institutionum. Hagae Comit. 1751. T. I. II.

183) Zachariae, delin. p. 26. und Anecdot. p. 179. Mortreuil l. c. p. 127. sq.

rotheus enthielt eine treue, beinahe wörtliche griechische Uebersetzung des Pandectentextes, verbunden mit Anmerkungen (*παραγραφαί*) zu den einzelnen Stellen und erstreckte sich über die ganzen Digesten. Der des Stephanus war weitläufiger, *εἰς πλάτος*[184]), und beschränkte sich auf die Bücher der Digesten, welche nach Justinian's Lehrplane in den Vorträgen erklärt werden sollen (welche Bücher in der griechischen Sprache den Namen *τά πραττόμενα βιβλία* führen im Gegensatze derjenigen, welche nicht erklärt wurden und *τὰ ἐξτραόρδινα βιβλία* heißen). Von beiden Commentaren sind in die älteren Basilikenscholien viele Stücke übergegangen. In der Sprache der späteren Scholiasten wurden sie schlechthin mit *ὁ ἴνδιξ* oder *τὸ πλάτος* bezeichnet. Einen kurzen Auszug und Uebersicht der Digesten, welche dem index im ursprünglichen Sinne einer *σύντομος παράδοσις*, einer brevis expositio, entspricht, lieferte Cyrillus. Seine Arbeit wird ebenfalls *ὁ ἴνδιξ* von den späteren Scholiasten genannt und er führt, wie Stephanus und Dorotheus, den Namen *ἰνδικευτής*. Auch von dieser Arbeit findet sich viel in den älteren Basilikenscholien. Eine die Mitte zwischen der Kürze des Cyrillus und dem Commentar des Dorotheus haltende Bearbeitung der Digesten ist eine Summa der Digesten von dem sog. Anonymus, der mit dem Novellenepitomator Julian höchstwahrscheinlich dieselbe Person ist. Aus dieser Bearbeitung ist, so viel die Digesten anlangt, der Basilikentext geschöpft; in den älteren Scholien finden sich häufig daraus *παραγραφαί*. Auch Theophilus hat die Digesten bearbeitet, wenn auch nicht ganz; Bruchstücke seiner Arbeit sind in den älteren Scholien enthalten[185]). 3) Der Codex ist theils wörtlich (*κατά πόδας*) übersetzt, theils im Auszuge (*σύντομος*), theils in ausführlicher Erläuterung bearbeitet worden. Von diesen Bearbeitungen erwähnt Matthäus Blasteres die des Thaleläus, Theodorus, Isidorus und Anatolius[186]); die Schilderung aber, welche er von diesen Arbeiten giebt, ist nicht durchgängig richtig. Die Arbeit des Thaleläus war darunter die wichtigste, welche auch bei den Späteren den meisten Beifall gefunden hat. Sie bestand darin, daß zuvörderst ein kurzer Auszug (index, *ἑρμηνεία*) jeder einzelnen Constitution vorausging, welcher dann die wörtliche griechische Uebersetzung bei lateinischen Constitutionen folgte, während bei den griechischen Constitutionen eine solche Uebersetzung

---

184) Matth. Blast. in Praefat. Syntagm. can. (in Beveregii, Synod. T. II.) *Στέφανος δέ τις εἰς πλάτος τὰ Δίγεστα ἐξηγήσατο.*

185) Vgl. über diese und andere Bearbeitungen der Digesten Zachariae delin. §. 17. p. 27. 28. Mortreuil, histoire T. I. p. 128—140. Das Nähere werden die Prolegomenen zu den Basiliken enthalten.

186) Matth. Blast. l. c. *Θαλέλαιος ἀντικένσωρ τοὺς κώδικας εἰς πλάτος ἐκδέδωκεν. Θεόδωρος Ἑρμουπολίτης συντετμημένως, ἔτι δὲ συντομώτερον Ἀνατόλιος. ὁ δὲ Ἰσίδωρος στενώτερον μὲν τοῦ Θαλελαίου, πλατύτερον δὲ τῶν λοιπῶν δύο.*

natürlich wegfiel; hieran schlossen sich παραγραφαί, theils zu den lateinischen Textesworten, theils kürzere zu den einzelnen Worten des τὸ κατὰ πόδας. Die Arbeit des Thaleläus ist in dem Basilikentexte und in den älteren Scholien sehr benutzt worden; in den ersteren ist bald der index der Constitutionen, bald das τὸ κατὰ πόδας aufgenommen, und wo das erstere der Fall ist, das letztere in den Scholien nachgetragen, sowie umgekehrt; in den Scholien finden sich die παραγραφαί. Dem Thaleläus werden auch die in einer Veroneser Handschrift des Codex aufgefundenen griechischen Scholien zum Codex zugeschrieben, wenigstens sollen sie von einem Zuhörer desselben nachgeschrieben sein. Allein sowohl die Art, wie die Novellen dort citirt werden, als die Erwähnung der Nov. 134 vom J. 556, wo Thaleläus nicht mehr lebte, sprechen gegen diesen als Verfasser[186a]). Die Bearbeitung des Isidorus ist kürzer und ihr Charakter läßt sich aus den in den Basilikenscholien erhaltenen Bruchstücken erkennen. Noch kürzer war die des Anatolius, von welcher gleichfalls Bruchstücke in jenen Scholien vorkommen. Am kürzesten gefaßt ist aber die Bearbeitung des Theodorus (σύντομος κῶδιξ), welche kurze Auszüge der einzelnen Constitutionen und Anmerkungen, namentlich Verweisungen auf andere Stellen (παραπομπαί) dazu enthielt. Ein großer Theil dieser Arbeit hat sich in den Basilikenscholien erhalten, so daß sie daraus so ziemlich restituirt werden könnte[187]). Erst in der neuesten Zeit ist eine Bearbeitung des Codex im Auszuge von Stephanus bekannt geworden, von welcher sich Bruchstücke erhalten haben[188]). 4) Die Bearbeitungen der Novellen sind meistentheils Auszüge aus denselben. Bekannt davon sind: a) eine epitome Novellarum Anonymi, von welcher Bruchstücke vorhanden sind[189]). Dieser Auszug ist dem lateinischen des Julian in der Form und Oekonomie des Werkes sehr ähnlich, und sowohl dieser als andere Gründe sprechen für die Identität des Verfassers des griechischen und lateinischen Novellenauszuges[190]); b) der Novellenauszug des Athanasius, eines Advocaten aus Emisa in Phönicien (Athanasii Scholastici Emiseni epitome Novellarum), dessen Abfassung kurz nach Justin II. fällt, indem er zwar dessen Novellen mit epitomirt, nicht aber die seines Nachfolgers Tiberius II. Bruch-

186a) Herausgegeben hat diese Scholien Zachariä, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. XV, S. 90—132, mit Erörterungen über ihren Urheber und die Zeit ihrer Abfassung. Meine eigenen Untersuchungen haben mich zu dem im Texte erwähnten abweichenden Resultate geführt.

187) Einen Versuch dieser Restitution hat Zachariae, Anecdot. p. 37—40 mit lib. IX. tit. 23. 42. gemacht.

188) Vgl. über diese Epitome Codicis Zachariae, Anecdot. p. 176—180. Ebd. p. 181—184 sind auch Bruchstücke dieses Werkes abgedruckt.

189) Sie sind herausgegeben von Zachariae, Anecdot. p. 196—211.

190) Zachariae l. c. p. 204 sq. Die von Heimbach iun. in Richter Jahrb. Bd. VI, S. 971 flg., Bd. XVII, S. 322 flg. dagegen gemachten Einwürfe sind nicht vermögend, dessen Gründe zu entkräften.

stücke davon finden sich in den Basilikenscholien; das ganze Werk ist erst neuerdings entdeckt und herausgegeben worden[191]). c) Der Novellenauszug des Theodorus aus Hermopolis, eines Advocaten (Theodori Scholastici Thebani Hermopolitani breviarium Novellarum)[192]), worin die Sammlung der 168 Novellen epitomirt ist. Manches davon ist in den Basilikentext, noch mehr in die Scholien übergegangen[193]). Das ganze Werk ist erst in neuester Zeit entdeckt und herausgegeben worden[194]). d) Der Novellenauszug von Philoxenus, von welchem einige Bruchstücke in den Basilikenscholien vorkommen. Noch wird e) als Bearbeiter der Novellen Symbatius erwähnt, von dessen Arbeit einige Fragmente in dem Tractatus de peculiis enthalten sind[195]). Monographien aus der Zeit unter und kurz nach Justinian sind des sog. Anonymus *μονόβιβλος περὶ ληγάτων καὶ μόρτις καῦσα δωρεῶν*, welche in den älteren Basilikenscholien erwähnt wird, und ein *μονόβιβλος περὶ ἐναντιοφανειῶν* (liber singularis de locis, qui [in Digestis] contradicere sibi videntur), dessen Verfasser in den Basilikenscholien daher *Ἐναντιοφανής* genannt wird, übrigens mit dem sog. Anonymus, der die erste Monographie verfaßt hat, und dessen Bearbeitung der Digesten vorher erwähnt wurde, dieselbe Person ist; auch wird als Monographie ein *Ποινάλιον Ἰωάννου Κωβιδίου ἀντικένσωρος* erwähnt, wahrscheinlich eine Zusammenstellung der auf Verbrechen und Strafen bezüglichen Stellen der justinianeischen Rechtsbücher[196]). Ebenfalls kurz nach Justinian fällt das gewöhnlich dem Eustathius zugeschriebene Werk *Αἱ ῥοπαί*, eine Zusammenstellung der die verschiedenen Zeiträume und Fristen betreffenden Stellen der justinianeischen Rechtsbücher[197]); das Werkchen de actionibus (*Αἱ ἀγωγαί*), dessen unbekannter Verfasser in den Handschriften mitunter einen aus de actionibus corrumpirten Namen führt[198]). Auch gehören derselben

---

191) In Heimbach iun. Anecdot. T. I. p. 5—112. p. 1—198. Vgl. darüber die Recension von Zachariä in den Wiener Jahrb. Bd. 86, 87, S. 184 flg. Heimbach iun. in Richter, Jahrb. Bd. VI, S. 972 flg.

192) Der griechische Titel ist: *Σύντομος τῶν νεαρῶν διατάξεων σὺν παραπομπαῖς της κειμένης ὁμοίως διαιρέσεως πῇ μὲν ἐν τῷ κώδικι πῇ δὲ ἐν αὐταῖς ταῖς νεαραῖς.*

193) Zusammengestellt hat es Heimbach iun., Anecdot. T. I. p. 199—259 mit Prolegomenen.

194) In Zachariae Anecdot. p. 7—61. 1—165. Vgl. Heimbach iun. in Richter, crit. Jahrb. Bd. VI, S. 975 flg., Bd. XVII, S. 221 flg.

195) Vgl. Heimbach iun., Anecdot. T. I. p. 261. T. II. Prol. p. 72. 252. 254.

196) Dieses *ποινάλιον* kommt in den Basilikenscholien vor. Basil. T. I. p. 752. ed. Heimb. Stellen daraus theilt aus den appendices Eclogae mit Zachariae, delineatio. P. 30. 31, die er auch in seinen Anecdot. hat abdrucken lassen.

197) Häufig ist es unter dem Titel: de temporum intervallis herausgegeben. Die neueste und beste Ausgabe ist von Zachariä, Heidelb. 1836.

198) Herausgegeben ist es in Heimbach iun., Observ. iur. Gr. Rom. Sp. I. Lips. 1836.

Zeit die Glossae nomicae (λέξεις ῥωμαικαὶ) an, welche griechische Erklärungen lateinischer, besonders juristischer Ausdrücke enthalten[199]). — Obwohl eigentlich nur die justinianeischen Rechtsbücher gesetzliche Kraft hatten, so bediente man sich doch wegen Unkenntniß der lateinischen Sprache in den Zeiten nach Justinian mehr der griechischen Bearbeitungen derselben im oströmischen Reiche, aber mehr als Hilfsmittel zum Verständniß, indem vielmehr die fortwährende Giltigkeit der Rechtsbücher selbst anerkannt blieb. Da es nun vielfache Bearbeitungen dieser Rechtsbücher gab, und die Parteien in den Gerichten sich bald auf diese, bald auf jene beriefen, so mußte bei der Unfähigkeit der damaligen Zeit, den in den Rechtsbüchern enthaltenen Stoff gehörig aufzufassen und zu verarbeiten, sehr bald eine Unsicherheit und ein Schwanken im Rechtszustande entstehen. Auch erschienen eine Menge neuer Verordnungen der Nachfolger Justinian's, welche manches abänderten oder neu einführten[200]), wahrscheinlich aber bald in Vergessenheit geriethen, indem wenigstens zu Ende des 9. Jahrhundertes sich die justinianeischen Rechtsbücher und deren verschiedene Bearbeitungen ausschließlich im Gebrauche finden. Der gesetzgebenden Gewalt fiel daher die Sorge für Erhaltung des Rechtes anheim. Zuerst wurde durch Zusammenstellung des Rechtes in kurzen unter öffentlicher Autorität abgefaßten Handbüchern dafür gesorgt[201]). Solche Handbücher sind: 1) die Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη von Leo dem Isaurier und dessen Sohn Constantin, publicirt 740, welche in 18 Titeln theils justinianeisches, theils späteres Recht vollständig umgearbeitet enthält[202]); 2) Ὁ πρόχειρος νόμος, durch Kaiser Basilius Macedo 878 in 40 Titeln publicirt, aus den griechischen Bearbeitungen der justinianeischen Rechtsbücher und der Ecloga des Leo geschöpft, wozu noch neue Verordnungen des Kaisers Basilius selbst kommen[203]), ein Buch, welches später noch vielfach gebraucht wurde. 3) Das Prochiron ist durch Basilius revidirt und diese Revision 885 unter dem Namen Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου publicirt worden[204]), jedoch bald in

199) Ausgaben sind Labbaeus, veteres Glossae verborum iuris, Paris. 1606. Desselben, Glossaria Philoxeni, Cyrilli aliorumque, Paris. 1679 und in Otto, Thes. iur. T. III. p. 1697 sq.

200) Ein Verzeichniß dieser Novellen liefert Zachariae, delineatio p. 8—13.

201) Zachariae, delineatio p. 37 sq.

202) Herausgegeben ist dieses Werk in Zachariae, Collectio libror. iur. Gr. Rom. ineditorum (Lips. 1832) p. 1—52.

203) Herausgegeben ist es mit reichhaltigen Prolegomenen von Zachariae, Ὁ πρόχειρος νόμος, Heidelb. 1837. S. die Recension von Heimbach iun. in Richter, crit. Jahrb. Bd. II, S. 1051 flg.

204) Tit. I—IX und XI sind zuerst herausgegeben von Leunclavius, Ius Gr. Rom. T. II. p. 82 sq.; die Vorrede von Witte im Rhein. Mus. Bd. III, S. 28 flg. Die erste Ausgabe des Ganzen ist von Zachariae, Collectio libror. iur. Gr. Rom. ineditorum p. 53—217.

Vergessenheit gekommen. Basilius beabsichtigte indessen eine vollständige Zusammenstellung dessen, was vom alten (justinianeischen) Rechte noch brauchbar war. Er spricht nämlich in den Vorreden der beiden zuletzt erwähnten Rechtsbücher von einer Ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων oder Πλάτος τῶν νόμων, welche nach der Vorrede des Prochiron in 60 Büchern, nach der Epanagoge in 40 Büchern das alte Recht enthalte. Man betrachtet dies gewöhnlich als die erste Bearbeitung der Basiliken, oder man sieht diese Nachricht als eine solche an, welche nicht genügend aufgeklärt werden könne[205]). Daß in beiden Vorreden eine verschiedene Bücherzahl angegeben wird, beweist, daß damals das Werk noch nicht vollendet war; der ursprüngliche Plan war später geändert worden; die Zeit vor Publication der Epanagoge bis zu Basilius Tode (886) war zu kurz, um das Werk vollenden zu können. Gewiß ist aber diese Arbeit die Grundlage für die Basiliken gewesen. Leo der Weise nämlich (von 886—911) nahm den ursprünglichen Plan seines Vaters, einer Sammlung in 60 Büchern, wieder auf und publicirte eine solche, ohne daß das Jahr näher bestimmt werden kann. Diese den Namen der Basiliken führende Sammlung ist eine Zusammenstellung des damals noch anwendbaren Materiales aus den justinianeischen Rechtsbüchern in 60 Büchern in 6 Bänden (τεύχη). Am wenigsten sind die Institutionen benutzt. Was davon aufgenommen worden ist, hat man aus der Paraphrase des Theophilus entlehnt. Ueberhaupt sind die justinianeischen Rechtssammlungen mit Ausnahme der Novellen nicht unmittelbar, sondern nur deren griechische Bearbeitungen benutzt worden. Für die Digesten hat man sich der Bearbeitung des sog. Anonymus bedient; doch sind auch einzelne Stellen aus den indices des Dorotheus, Stephanus und Cyrillus entlehnt. Für den Codex ist hauptsächlich die Bearbeitung des Thaleläus benutzt worden, doch fehlte den Compilatoren der Basiliken diese von Tit. 4 und den folgenden des 8. Buches des Codex, weshalb sie für diese Titel die Bearbeitung des Anatolius gebraucht haben[206]); einzelne Stellen finden sich aus den Bearbeitungen des Isidorus und Theodorus. Von den Novellen nahm man die griechischen ursprünglich, etwa mit Ausnahme des Prooemium und des Epilogus (ersteres findet sich in der Regel in den Scholien nachgetragen), vollständig in den Text auf, doch so, daß die von verschiedenen

---

205) Vgl. Biener in der Tübinger crit. Zeitschr. Bd. II, S. 52 flg. Zachariae, Prochir. p. 84 sq. Heimbach iun. in Richter, crit. Jahrb. Bd. II, S. 1065 flg. Desselben Anecdot. T. I. p. 39 sq. Zachariae, delineatio p. 42 sq.

206) Die Arbeit des Isidorus kann in den fraglichen Titeln für den Basilikentext nicht benutzt sein, da sich dessen Auszüge und Anmerkungen zu tit. 53—56 des 8. Buches des Codex in den Scholien finden. Die Bearbeitung des Stephanus ist frühzeitig in Vergessenheit gekommen; die des Theodorus ist in der Hauptsache nur in den Scholien gebraucht.

Materien handelnden Capitel gesondert und unter die betreffenden Titel eingestellt wurden. Statt der lateinischen Novellen nahm man deren Auszüge aus dem Breviarium des Theodorus auf; nur von der Nov. 23 ist aus unbekannten Gründen der Auszug des Athanasius in den Basilikentext aufgenommen worden. In der späteren Zeit sind häufig anstatt der griechischen Novellen blos die Auszüge des Theodorus aus Bequemlichkeit benutzt worden und finden sich daher häufig in einzelnen Handschriften, während in anderen der griechische Novellentext enthalten ist. Auch sind nicht alle Novellen in die Basiliken aufgenommen. Man ließ diejenigen weg, welche Justinian selbst durch spätere Gesetze geändert hatte, ferner die von Justinian selbst für die damalige Zeit berechneten, dann die für Orte bestimmten, welche zur Zeit der Abfassung der Basiliken nicht mehr unter oströmischer Herrschaft standen, sondern in feindlicher Gewalt waren, überhaupt alle unpractisch gewordenen. Die Zahl der hiernach in den Basiliken weggelassenen Novellen läßt sich nicht genau bestimmen, weil die darüber vorhandenen Zeugnisse zu sehr von einander abweichen[207]). Außer den justinianeischen Rechtssammlungen ist auch das Prochirum des Basilius in den Basiliken benutzt worden. Die Art des von den Bearbeitern der Basiliken beobachteten Verfahrens war regelmäßig die, daß sie das in den sämmtlichen Rechtsbüchern Justinian's zerstreute, denselben Gegenstand, dieselbe Lehre betreffende Material unter Einem Titel zusammenstellten, und zwar in der Ordnung, daß die Digestenstellen vorangestellt wurden, dann die Codexstellen folgten, die Stellen der Novellen den Schluß machten. Doch kommen hin und wieder einzelne Abweichungen vor. Nicht selten sind Interpolationen. Die lateinischen Kunstausdrücke sind regelmäßig mit entsprechenden griechischen vertauscht. Eine völlige Ausscheidung des Veralteten und vom justinianeischen Rechte unbrauchbar Gewordenen ist aber nicht vorgenommen worden. Das von den Compilatoren befolgte System ist im wesentlichen das des Codex. Der gewöhnliche Name der Sammlung ist *Βασιλικά* (nämlich *νόμιμα*)[208]); öfters heißt sie auch von den 60

---

207) Solche Zeugnisse sind die in der Vaticanischen Handschrift der Paratitla des sog. Tipucitus enthaltenen Notiz (vgl. Biener, Gesch. der Nov. S. 135 und Heimbach sen., edit. Basil. T. II. Praemon. p. 8.); die in Heimbach iun. Anecd. T. II. p. 234—237 zuerst herausgegebene *σύντομος διαίρεσις τῶν νεαρῶν τοῦ Ἰουστινιανοῦ* (vgl. darüber dessen Prolegom. cap. IV. p. 63. sq.); der sog. Index Reginae, ein Verzeichniß der Novellen nach der Sammlung der 168, mit Bemerkung, welche Novelle in den Basiliken aufgenommen ist, und wo, und welche nicht, zuerst herausgegeben von Heimbach iun., Anecdot. T. II. p. 237—246 (s. dessen Prolegom. cap. V. p. 66. sq.); die Notiz des Psellus in der Synopsis V. 436—457; endlich die Florentiner und die Bologneser Novellenhandschriften, welche angeblich nur solche Novellen enthalten, welche in die Basiliken aufgenommen sind. Vgl. Mortreuil, histoire T. II. p. 107—119. Das weitere darüber ist in den Prolegomenen zu den Basiliken zu erörtern.

208) Der Name *Βασιλικά* ist abzuleiten von *βασιλεύς*, nicht von *Βασίλειος*.

Büchern τὸ ἑξηκοντάβιβλον, ingleichen Ἀνακάθαρσις τῶν νόμων. Der Zweck der Sammlung war nicht, die justinianeischen Rechtsbücher außer Kraft zu setzen, sondern an die Stelle der verschiedenen griechischen Bearbeitungen derselben eine officiell beglaubigte zu setzen, auf welche Richter und Parteien sich berufen könnten. Nur wo die neue Sammlung offenbare Aenderungen des justinianeischen Rechtes enthielt, sollte diese demselben vorgehen. Man findet daher noch lange neben den Basiliken die justinianeischen Rechtsbücher im Gebrauche, wofür das sicherste Zeugniß die Auszüge aus den Bearbeitungen dieser Rechtsbücher liefern, welche unter dem Namen der älteren Basilikenscholien begriffen werden. Erst allmälig machte sich die Ansicht geltend und wurde seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhundertes die überwiegende, daß die Basiliken vor den justinianeischen Rechtsbüchern unbedingt den Vorzug hatten. Völlig ausgebildet und als über allen Zweifel erhaben findet sich diese Ansicht in dem Commentar des Balsamo zu dem Nomokanon des Photius. Die Basiliken sind nicht vollständig erhalten. Ungeachtet der bedeutenden Ergänzungen, welche das 1.—6. Buch durch den Verfasser des Artikels aus der Coislin'schen (jetzt Pariser) Handschrift Nr. 151 und das 15.—18. Buch durch Zachariä aus einer Constantinopolitanischen Handschrift (Codex Sancti Sepulcri) erhalten haben, fehlen doch noch fast ganz die Bücher 19, 30 (letzteres zum großen Theile), 31—37, 43, 44, 53—59. Die Hoffnung auf Wiederauffindung einzelner verloren gegangener Bücher darf nicht aufgegeben werden, da wenigstens gewiß ist, daß Cujas eine Handschrift der Bücher 53—59 besessen hat. Die verloren gegangenen Bücher hat Fabrot, nach ihm der Verfasser des Artikels, das 19. Buch insbesondre Zachariä mit Hilfe anderer Quellen, so viel wie möglich wiederherzustellen versucht. Von diesen Wiederherstellungsversuchen verdient der von Zachariä unbedingte Anerkennung; der des Verfassers ist deshalb mißkannt worden, weil er neben den Basilikenstellen eine Menge Stellen anderer Quellen hat abdrucken lassen, obwohl er eines Theiles die Quellen der einzelnen Stellen genau angegeben und anderen Theils die ächten Basilikenstellen durch besondere Zeichen hervorzuheben sich bemüht hat. Von den Basiliken existirt keine Handschrift des ganzen Werkes; nur Handschriften einzelner Stücke[208a]). Die erhaltenen Handschriften weichen auch sehr von einander ab; von einzelnen Stücken haben wir bald mehr, bald weniger vollständige Handschriften, was sich daraus erklärt, daß schon frühzeitig bald nach den Basiliken die Abschreiber aus Bequemlichkeit Stellen ausließen, an die Stelle des ursprünglichen Textes, namentlich der Novellen, bloße Auszüge aufnahmen; ein Verfahren, aus welchem allein sich auch wohl

208a) Ueber die Handschriften der Basiliken vgl. Zachariae, delineatio p. 46—48. Heimbach iun. in Richter, crit. Jahrb. Bd. VI, S. 991 flg. Mortreuil, histoire T. II. p. 185—217.

nur die abweichenden Nachrichten über die in die Basiliken aufgenommenen Novellen erklären lassen. Es giebt nur zwei Ausgaben des ganzen Werkes, so weit es gerade bekannt war, die eine von Fabrot[209]), die andere von Heimbach sen.[210]). Einzelne Stücke sind besonders herausgegeben[211]). In den Handschriften der Basiliken und daher auch in den Ausgaben finden sich sog. Scholia; sie existiren aber nicht in allen Handschriften; es giebt vielmehr Handschriften ohne alle Scholien, z. B. die Pariser Nr. 1357, soweit sie Buch 49—52 enthält. Diese Scholien enthalten drei verschiedene Bestandtheile[212]): 1) Verweisungen auf die justinianeischen Rechtsbücher, Parallelstellen und kurze Erläuterungen; 2) Auszüge aus Schriften der unter und kurz nach Justinian lebenden Juristen (*οἱ παλαιοί*); 3) Bemerkungen nach den Basiliken lebender Juristen, theils zu dem Basilikentexte, theils zu den Auszügen aus den Schriften der justinianeischen Juristen. Unter diesen Bestandtheilen ist der unter 2) erwähnte, die älteren Scholien, für uns der wichtigste. Sie bieten für die Kritik und Erläuterung

209) *Τῶν Βασιλικῶν βιβλία ξ'. Βασιλικῶν* Libri 60. Car. Annib. Fabrotus Latine vertit et Graece edidit, Paris. 1647 T. I—VII. Fol.

210) Basilicorum Libri 60. Post Annib. Fabroti curas ope Codd. mss. a G. E. Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit C. G. E. Heimbach, Lips. 1833—1850. T. I—V. 4. Vgl. darüber die Recensionen von Witte in den Jahrb. f. wissensch. Kritik 1834, Nr. 89—91. Deurer, in den Heidelb. Jahrb. 1835 S. 1051 flg. Zachariä in Richter, crit. Jahrb. Bd. IX, S. 481 flg. Unter diesen Beurtheilungen ist die von Zachariä die am tiefsten gehende und gründlichste. Den von ihm gerügten Mängeln würde durch ein neues Manuale Basilicorum, welches ohnehin nach dem von Haubold, Leipzig 1819 herausgegebenen wegen der neuen Ausgabe und der neuen Entdeckungen nöthig ist, genügend abgeholfen werden können; leider ist aber durch den Tod des so liberalen Verlegers, Barth das Werk in das Stocken gekommen, und wenn sich nicht ein anderer Verleger findet, welcher es als besonderes Werk unternehmen könnte, so werden die vom Herausgeber bereits vollendeten Prolegomena Basilicorum und das ganz vollendete Manuale Basilicorum ungedruckt bleiben müssen.

211) Das 8. Buch gab aus einer zu Leiden befindlichen Abschrift einer Handschrift des Ant. Augustinus heraus Rhunken in Meerman, Thes. iur. T. III. und V.; die Bücher 49—52 aus einer Pariser Handschrift Nr. 1357. Reitz, in demselben Thes. iur. T. V.; die Bücher 15—18 aus einer Constantinopolitaner Handschrift, Zachariä, Leipzig 1846, als Supplement der Heimbach'schen Basilikenausgabe. Diese Ausgabe von Zachariä zeichnet sich vor allen durch eine bessere Anordnung der Scholien aus, sowie dadurch, daß er die Verfasser der einzelnen Scholien genau angiebt und die Stellen der justinianeischen Rechtsbücher, auf welche sich die älteren Scholien beziehen, bezeichnet. Daß alles dieses in der Heimbach'schen Basilikenausgabe nicht geschehen ist, wird dem Herausgeber mit Recht zur Last gelegt und nur nothdürftig mit dem großen Umfange des Unternehmens entschuldigt, welcher eine Aufmerksamkeit auf alle einzelnen Punkte nicht gestattete, zumal nur eine bequemere und die Berücksichtigung der Scholien neben dem Texte erleichternde Ausgabe im Plane des Verlegers und Herausgebers lag.

212) Vgl. darüber Zachariä in Richter, crit. Jahrb. Bd. XVI, S. 818 flg., dessen Unterscheidung man allenthalben beipflichten muß.

der justinianeischen Rechtsbücher ein neues noch gar nicht benutztes Material, dessen Gewicht um so einleuchtender ist, je näher die Juristen, deren Schriften benutzt worden sind, der Zeit der Abfassung jener Rechtsbücher selbst standen. Besonders sind die aus der Digestenbearbeitung des Dorotheus und Stephanus und dem Commentar des Thaleläus zum Codex entlehnten Scholien hervorzuheben. Dorotheus ist für die Critik der Digesten ein noch nicht benutztes Hilfsmittel, welches um so weniger zu vernachlässigen ist, je treuere und wörtlichere Uebersetzung vieler Digestenstellen die Arbeit dieses Juristen liefert. Stephanus bietet weniger für die Critik als für die Auslegung der Digesten. Die Arbeit des Thaleläus ist wegen der wörtlichen Uebersetzung der lateinischen Codexstellen ein sehr wichtiges bis jetzt noch nicht hinreichend genutztes Hilfsmittel für die Critik des Codextextes; seine *ἑρμηνεία* und *παραγραφαί* enthalten oft Bemerkungen über die Veranlassung einzelner Constitutionen und überhaupt schätzbare historische Nachrichten, auch recht brauchbare Erläuterungen. Ueber die Zeit, wenn die beiden ersten Bestandtheile der Scholien entstanden sind, herrschen sehr verschiedene Ansichten; weniger über die Entstehung des dritten, der nur allmälig entstanden sein kann, wie aus verschiedenen der Kürze wegen hier nicht auszuführenden Gründen erweislich ist[213]). Gegen eine gleichzeitig mit der Abfassung der Basiliken unter öffentlicher Autorität erfolgte Beifügung der beiden ersten Bestandtheile der Scholien spricht schon der Umstand entscheidend, daß die Scholien nicht in allen Basilikenhandschriften sich finden, was doch der Fall sein müßte, wenn sie ein unter öffentlicher Autorität erschienener integrirender Bestandtheil des Basilikenwerkes selbst wären, abgesehen davon, daß in dem sog. prooemium Basilicorum gewiß auch auf diesen Theil des Werkes, wäre er unter öffentlicher Autorität erschienen, hingedeutet worden sein würde. Dann spricht dagegen die verschiedene Gestaltung, welche die älteren Scholien in verschiedenen Handschriften haben, in einigen sind sie vollständiger, in anderen mehr abgekürzt[214]), welche Veränderungen die Scholien nicht hätten erleiden können, wenn sie gleich dem Basilikentexte, officieller integrirender Theil des Werkes

---

213) Vgl. über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich der Entstehung der Scholien Zachariae, delineatio p. 62—64. Derselbe in Richter, crit. Jahrb. Bd. XVI, S. 1083 flg. Bd. XXII, S. 592 flg. Heimbach iun. ebd. Bd. VI, S. 994 flg. Mortreuil, histoire T. II. p. 149—185. Böcking, Instit. Bd. I, S. 108 flg. Hinsichtlich der älteren Scholien hält der Verfasser dieses Artikels die Ansicht von Zachariä für die allein richtige und findet sie hinsichtlich seiner eigenen Untersuchungen bestätigt; hinsichtlich der neueren ist er zum Theil auf abweichende Resultate gekommen, welche darzulegen den Prolegomenen zu der Basilikenausgabe vorbehalten bleiben muß.

214) Am vollständigsten sind sie in der Leydener und jetzt Hänel'schen Handschrift des 8. Buches. Zu Buch 11—14 enthält die Coislin'sche (jetzt Pariser) Handschrift Nr. 152 die älteren Scholien viel vollständiger als die Pariser Handschrift Nr. 1352.

selbst waren. Ferner ist dagegen, daß die Bestandtheile, aus denen die älteren Scholien bestehen, zu denselben Büchern nicht überall dieselben sind, vielmehr sich in einzelnen Handschriften Auszüge älterer Juristen finden, welche in anderen fehlen[215]). Endlich war eine officielle Beifügung der Scholien gleich bei der Abfassung der Basiliken nur geeignet, den Zweck des Basilikenwerkes, an die Stelle der verschiedenen Bearbeitungen der justinianeischen Rechtsbücher eine officielle beglaubigte zu setzen, zu vereiteln. Indessen weist die ganze Einrichtung der älteren Scholien, deren Anordnung, die Auswahl der Schriften, aus denen die Auszüge entlehnt sind, auf einen bestimmten Plan bei Abfassung derselben hin und auf eine Zeit der Abfassung, zu welcher die justinianeischen Rechtsbücher noch in voller unbestrittener Giltigkeit waren, mithin auf eine Zeit nicht lange nach den Basiliken. Die Zeit der Entstehung ist mit Wahrscheinlichkeit unter Constantin, den Sohn Leo des Weisen, zu setzen; auch mag Constantin selbst auf die ganze Arbeit nicht ohne Einfluß gewesen sein, wenn sich auch nicht beweisen läßt, daß dieselbe wirklich unter kaiserlicher Autorität gemacht und auf kaiserlichen Befehl den Basiliken beigefügt worden sei. — Die Novellen der Kaiser nach Basilius Macedo haben mit Ausnahme der seines Sohnes Leo des Weisen für uns kein Interesse[216]). Die Novellen von Leo[217]) verdienen hier deshalb noch besonders Erwähnung, weil man ihnen bisweilen, wenngleich ohne Grund, Giltigkeit in Teutschland hat beilegen wollen. Ihr Verhältniß zu den Basiliken ist nicht klar; einzelne derselben haben erweislich auf die Basiliken Einfluß gehabt, namentlich zu Weglassungen von Stellen und Titeln der justinianeischen Rechtsbücher Veranlassung gegeben; im ganzen waren sie aber dazu bestimmt, das neue Recht zu enthalten, während es bei Abfassung der Basiliken blos auf Zusammenstellung des vom justinianeischen Rechte noch Brauchbaren, auf eine repurgatio veterum legum abgesehen war. Die juristische Literatur im byzantinischen Reiche nach den Basiliken ist von keiner Bedeutung für uns. Sie hat, wovon

215) So finden sich in der Pariser Handschrift Nr. 1352 zu Buch 11 flg. in den Scholien Auszüge aus dem index des Dorotheus, welche dagegen in der Coislin'schen Handschrift Nr. 152 fehlen.

216) Ueber die Novellen der Kaiser nach Basilius vgl. Bonefidius, Iur. orient. L. III. Paris. 1573. Leunclavius, Ius Gr. Rom. T. I. p. 72 sq. T. II. p. 134 sq. Labbaeus, Impp. Nov. Const. Paris. 1606. Witte, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. VIII, S. 153 flg. Biener ebd. S. 263 flg. Heimbach iun. ebd. S. 320 flg. Zachariae, Αἱ ῥοπαί S. 37 flg. Anecdot. p. 195. Witte, Impp. Graeco-Rom. Const. IX., Hal. 1840 und in Heimbach iun. Anecdot. T. II. p. 261 sq. Zachariae, delineatio p. 50 sq. 108 sq. und in Richter, crit. Jahrb. Bd. XXII, S. 582 flg. Mortreuil, histoire T. II. p. 267—363. T. III. p. 123—192.

217) Vgl. darüber Beck, de Novellis Leonis Philosophi earumque usu et auctoritate, Ien. 1726, adi. animadv. et mantissa commentationum cura Zepernick, Hal. 1779.

indeß die Epitome legum von 920 eine ehrenvolle Ausnahme macht[217a]), größtentheils die Basiliken zu dem Centralpunkte, von welchem sie ausgeht. Die verschiedenen Arbeiten sind: 1) alphabetisch geordnete Auszüge aus den Basiliken, z. B. die um 969 herausgegebene Ἐκλογὴ καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν ἑξήκοντα βιβλίων σὺν παραπομπαῖς κατὰ στοιχεῖον oder Τὸ νόμιμον κατὰ στοιχεῖον, in 24 στοιχεῖα oder Buchstaben mit verschiedenen Titeln, im ganzen 348, eingetheilt[218]); 2) Register zu den Basiliken, wie der sog. Τιπούκειτος, welcher anzeigt, was in den einzelnen Basilikentiteln enthalten ist (Τί ποῦ κεῖται)[219]); 3) Zusammenstellung von Basilikentexten mit Scholien und neueren Erklärungen, wie die gewöhnlich ohne Grund dem Theodorus aus Hermopolis zugeschriebene Ecloga lib. I—X. Basilicorum[220]); 4) Sammlungen von Rechtssprüchen, wie die noch ungedruckte Πεῖρα, von welcher Bruchstücke in den Basilikenscholien vorkommen[221]); 5) Ueberarbeitungen früherer Handbücher, wie der Ecloga, des Prochiron und der Epanagoge[222]); 6) Monographien[223]), wie der Tractatus de peculiis[224]) und der Tractatus de creditis cum hypotheca sive sine hypotheca[225]). Besondere Erwähnung verdienen die mehrmals abgedruckte Synopsis von Michael Psellus[225a]), ein Rechts-

---

217a) Vgl. Zachariae, delineatio p. 61 sq. 68 und in den Wiener Jahrb. Bd. 87, S. 79 und in Richter, Jahrb. Bd. XXII, S. 583—592. Mortreuil, hist. T. III. p. 372 sq.

218) In der einzigen Ausgabe von Leunclavius, Basil. 1575, wozu als Ergänzung Labbaeus, Obs. et Emendat. ad Synops. Basil., Paris. 1606 kommen, ist die alphabetische Ordnung willkürlich geändert und statt derselben die Ordnung der Basiliken zum Grunde gelegt.

219) Vgl. Zachariae, delineatio p. 66 u. in Richter, crit. Jahrb. Bd. XXII, S. 628—632. Heimbach iun., Anecd. T. I. p. 219 sq. T. II. p. 68. Heimbach sen., edit. Basil. T. II. Praemon. Mortreuil, hist. T. III. p. 252—261. Einzelne Theile dieses Werkes sind in der neuen Basilikenausgabe bei Gelegenheit der Restitution der verloren gegangenen Bücher der Basiliken mit abgedruckt.

220) Dieses Werk ist noch ungedruckt; es ist bei der neuen Basilikenausgabe zu den zehn ersten Büchern benutzt worden. Vgl. darüber Zachariae, delineatio p. 73—75.

221) Vgl. Zachariae, delineatio p. 67 sq. und in Richter, Jahrb. Bd. XXII, S. 596—613.

222) Zachariae, delineatio p. 68—70 besonders aber dessen Prochir. p. 14—17. 48—53. 95—154. p. 308 sq. und derselbe in Richter, Jahrb. Bd. XXII, S. 613—626.

223) Zachariae, delineatio p. 81 sq.

224) Herausgegeben in Heimbach iun., Anecdot. T. II. p. 247 sq.

225) Herausgegeben von Zachariä in den Heidelberger Jahrb. 1841 S. 540 flg.

225a) Oefters herausgegeben z. B. in Meerman, Thes. iur. T. I. p. 40 sq. Vgl. Zachariae, delineatio p. 70 sq. und in Richter, crit. Jahrbücher Bd. XXII, S. 626 flg. Mortreuil, hist. T. III. p. 209—218. 470—474.

buch in Versen, das *πόνημα* von Michael Attaliota[226]), die Synopsis minor oder *τὸ μικρὸν κατὰ στοιχεῖον*, eine Umarbeitung des vorigen Werkes in alphabetischer Ordnung, noch ungedruckt[227]), das *Πρόχειρον νόμων* oder *Ἑξάβιβλος* von Constantinus Harmenopulus, ein Handbuch des Rechtes in 6 Büchern, bei welchem das Prochirum des Basilius stark benutzt ist[228]) — Nicht zu vernachlässigen, weil sie auch für die justinianeischen Rechtsbücher wichtig sind, namentlich Bruchstücke von Bearbeitungen derselben enthalten, sind die kirchenrechtlichen Quellen des Orientes. Von ihnen sind hervorzuheben: 1) der Nomokanon in 14 Titeln, fälschlich dem Patriarchen Johannes zu Justinian's Zeit zugeschrieben, welcher Bruchstücke eines Codexcommentares wahrscheinlich von Isidorus und der Digestenbearbeitung von Dorotheus enthält; 2) die Collectio constitutionum ecclesiasticarum, Bruchstücke der Codexbearbeitung des Stephanus, der Digestenbearbeitung des sog. Anonymus, des Novellenauszuges des Athanasius und einer unbekannten Bearbeitung der Institutionen enthaltend; 3) der Nomokanon in 50 Titeln, der gewöhnlich dem Patriarchen Photius zugeschrieben wird, in der That aber älter und von diesem nur umgearbeitet worden ist, Bruchstücke derselben Bearbeitungen der justinianeischen Rechtsbücher, wie der vorige Nomokanon, enthaltend.

II. Im Occident[229]). 1) Zeit nach Justinian bis zu den Glossatoren. Die fortdauernde Giltigkeit des römischen Rechtes in den römischen Provinzen, welche von teutschen Herrschern in Besitz genommen worden waren, ist bereits vorher erwähnt worden. Auch die justinianeischen Rechtsbücher sind schon vor Zerstörung des ostgothischen Reiches (553) in Italien zur Publication gekommen, wie aus dem Organisationspatent für Italien nach Vertreibung der Ostgothen hervorgeht[230]), wo Justinian auf die frühere Publication hinweist, die Gesetzeskraft seiner Rechtsbücher einschärft und die späteren Novellen bekannt macht. Urkunden, welche sich erhalten haben, zeigen die fortwährende Anwendung des justinianeischen Rechtes in dem unter

226) Herausgegeben in Leunclavius, Ius Gr. Rom. T. II. p. 1 sq. Vgl. Zachariae, delineatio p. 71 sq. und in Richter, crit. Jahrb. Bd. XXII, S. 627 flg. Mortreuil, hist. T. III. p. 218—229. 474.

227) Zachariae, delineatio p. 75 sq. und in Richter, crit. Jahrb. Bd. XXII, S. 632—636.

228) Es ist häufig herausgegeben worden; Erwähnung verdienen die Ausgabe von Reiz im Supplem. Thesaur. Meermanian. und die neueste und beste von Heimbach iun. Lips. 1851. Vgl. Zachariae, delineatio p. 78 sq. und in Richter, Jahrb. Bd. XXII, S. 636 flg.

229) Vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter, Heidelb. 1815—1831, 6 Bde., wovon Bd. 1—3 1834 in 2. Ausgabe erschienen sind. Die ältere Literatur s. bei Deurer, Grundriß S. 185.

230) Vgl. die sog. Sanctio pragmatica Pro petitione Vigilii von 554 Cap. XI.

oströmischer Herrschaft stehenden Theile Italiens[231]). Auch sind wahrscheinlich aus derselben Zeit noch folgende juristische Schriften, auf justinianeisches Recht sich beziehend, übrig: a) die sog. Turiner Glosse der Institutionen[232]); b) Scholien zu Julian's Novellenauszug und zur Collatio Legg. Mosaic. et Roman.[233]); c) einige Abhandlungen, das Dictatum de consiliariis und die Collectio de tutoribus[234]). Auch in denjenigen Theilen Italiens, welche seit 568 unter longobardischer Herrschaft standen, blieb das justinianeische Recht in Kraft. Das beweisen theils Urkunden[235]), theils juristische Arbeiten, wie a) die Quaestiones ac monita zu den lombardischen Gesetzen, ungefähr um das J. 1000[236]); b) die Formeln und Glossen der lombardischen Gesetze; c) besonders der sog. Brachylogus oder Corpus legum, eine kurze Ueberarbeitung der justinianeischen Institutionen, wobei die anderen justinianeischen Rechtsbücher mit berücksichtigt worden sind[237]); d) die sog. Epitome Exactis a civitate romana regibus, ein handschriftlich vielfach vorhandenes, systematisch geordnetes kleines juristisches Wörterbuch[238]). Auch im fränkischen Reiche erhielt sich das justinianeische Recht in Geltung[239]); es beweisen dies die erhaltenen Sammlungen fränkischer Formeln und eine wahrscheinlich vor 1074 in der Gegend von Valence abgefaßte Schrift, Petri exceptiones Legum Romanorum, ein Rechtssystem in 4 Büchern, vorzüglich aus den justinianeischen Quellen geschöpft[240]). Die frühere Rechtsschule zu Rom bestand sowohl unter den Ostgothen[241]), als unter byzantinischer Herrschaft[242]). Die späteren Schicksale sind unbekannt. Nach einer Nachricht von Odofredus soll sie nach Ravenna verlegt worden sein[243]), und nach einer Notiz von Petrus Damiani (von

---

231) Savigny a. a. O. Bd. II, S. 184—192, 2. Ausg.

232) Sie wurde von Clossius in einer Turiner Handschrift der Institutionen entdeckt. Vgl. darüber Savigny a. a. O. Bd. II, S. 199—203, 2. Ausg., wo im Anhange S. 429—476 die Glosse abgedruckt ist.

233) Vgl. Biener, Gesch. der Novellen S. 289 flg. Blume, Lex Dei p. 33 sq.

234) Zuerst herausgegeben von P. Pithou (Pithoeus) hinter seiner Ausgabe der Collatio Lutet. 1573. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. II, S. 195 flg., 2. Ausgabe.

235) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. II, S. 225 flg.

236) Ein theilweiser Abdruck befindet sich in Muratori rerum italic. scriptor. T. I. P. I. p. 163 sq.

237) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. II, S. 238 flg. Böcking, im Rhein. Mus. Bd. IV, S. 142 flg. Das Werk ist sehr oft herausgegeben, zuletzt von Böcking, Berl. 1829.

238) Vgl. Böcking, Institutionen Bd. I, S. 117.

239) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. II, S. 83 flg.

240) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. II, S. 134—163. Ebd. S. 321—428 befindet sich eine neue Ausgabe dieses Werkes von Barkow.

241) Cassiodor. Var. IX. 21.

242) Sanctio pragmatica Pro petitione Vigilii Cap. XXII.

243) Savigny a. a. O. Bd. III, S. 627. Bd. IV, S. 5.

1006—1072) befanden sich im 11. Jahrhunderte zu Ravenna Rechtslehrer[244]). Odofredus erzählt, daß diese Rechtsschule von Ravenna nach Bologna gekommen sei, wo zuerst Pepo die Rechtswissenschaft gelehrt habe. 2) Die Zeit der Glossatoren. Als Stifter einer Rechtsschule zu Bologna zu Ende des 11. oder zu Anfange des 12. Jahrhundertes wird ein Lombarde, Warnerius oder Wernerius (gewöhnlich Irnerius) genannt, der zuerst Grammatik lehrte und nur zufällig mit den justinianeischen Rechtsbüchern bekannt geworden sein soll[245]). Diese Rechtsschule, deren tüchtige Lehrer eine große Anzahl Schüler aus allen Ländern Europa's an sich zogen, gelangte zu einem außerordentlichen Ansehen und vermittelte die Verbreitung des justinianeischen Rechtes in Italien, wo bald neue Rechtsschulen entstanden, und in einem großen Theile Europa's. Diese Lehrer des römischen Rechtes zu Bologna heißen Glossatoren von den Glossen, Erklärungen des Textes der Rechtsbücher, welche nach der seit Irnerius üblichen Sitte dem Texte selbst beigeschrieben und entweder zwischen die Zeilen oder am Rande geschrieben wurden[246]). Viele davon sind als Rechtslehrer und Schriftsteller bekannt geworden. Gegen die Mitte des 13. Jahrhundertes erschlafft die bisherige wissenschaftliche Kraft; Wortklauberei und Spitzfindigkeiten nahmen überhand, und an die Stelle eines fortschreitenden Studiums der Quellen selbst, werden die früheren Glossen selbst der Centralpunkt wissenschaftlicher Arbeiten, welche hauptsächlich in der Zusammenstellung der früheren Glossen verschiedener Rechtslehrer bestanden. Von diesen Zusammenstellungen ist die von Accursius die wichtigste, weniger durch ihren inneren Werth, als durch die Meinung der Zeitgenossen und durch ihren außerordentlichen Einfluß auf Praxis und Doctrin der späteren Zeit. Sie ist von Accursius, der zu Bologna lehrte und zwischen 1259 und 1263 starb, gegen das Ende seines Lebens vollendet worden. Sie enthält nicht blos ausgewählte Glossen der früheren und gleichzeitigen Rechtslehrer, sondern auch seine eigenen, und umfaßt alle justinianeischen Rechtsbücher. Durch sie sind die Handschriften mit Glossen eines einzelnen Rechtslehrers ganz verdrängt worden, und in den Gerichten legte man ihr gleiches Ansehen wie den Gesetzen selbst bei. Man nennt die accursische Glosse jetzt vorzugsweise die Glossa oder Glossa ordinaria[247]). Accursius gilt als der letzte der eigentlichen Glossatoren; die theils gleichzeitigen, theils späteren Bearbeiter des römischen Rechtes in Italien bis in das 15. Jahrhundert werden Postglossatoren oder Scribentes genannt. Schon die ersten Glossatoren kannten

---

244) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. IV, S. 1 flg.

245) Savigny a. a. O. Bd. IV, S. 9 flg.

246) Vgl. über die Beschaffenheit der Glossen Savigny a. a. O. Bd. III, S. 561.

247) Vgl. über den wissenschaftlichen Werth und ihr Ansehen Savigny a. a. O. Bd. V, S. 205 flg., 257 flg.

die justinianeischen Rechtsbücher größtentheils vollständig und bezeichneten sie insgesammt mit dem Namen Corpus iuris oder Corpus iuris civilis. Sie wendeten bei ihren Vorlesungen (lecturae) eine besondere Eintheilung des Corpus iuris an. Nach dieser bestand dasselbe aus fünf Bänden. Die drei ersten Bände enthielten die Digesten und zwar Band 1 das Digestum vetus (Dig. Lib. I—XXIV. Tit. II.): Bd. 2 das Infortiatum (Dig. Lib. XXIV. Tit. III. — Lib. XXXVIII fin.); Bd. 3 das Digestum novum (Dig. Lib. XXXIX—L.); Bd. 4 enthielt den Codex (Cod. Lib. I—IX.); Bd. 5, welcher Volumen oder Volumen parvum hieß, enthielt a) die Institutionen, b) das sog. Authenticum, d. h. die den Glossatoren bekannten Novellen, welche wieder in 9 Collationes getheilt wurden, c) die libri feudorum, d) die tres libri, d. h. Lib. X—XII. des Codex[248]). Die schriftstellerische Thätigkeit der Glossatoren zeigte sich in zahlreichen Arbeiten, welche nach ihren verschiedenen Arten verschiedene Namen führten (Apparatus, Summae, Casus, Brocarda, Quaestiones)[249]). Im Corpus iuris selbst finden sich im Codex zu den ersten 9 Büchern und in den Institutionen Auszüge der Glossatoren aus späteren Gesetzen, unter dem Namen Authenticae bekannt. Die Authentiken zum Codex sind zum größten Theile aus den Novellen entlehnt (Authenticae Iustinianeae), zum kleineren aus den Verordnungen der Kaiser Friedrich I. und II. (Authenticae Fridericianae). Erstere sind meistens von Irnerius selbst gefertigt, daher sie auch Authenticae Irnerianae heißen. Letztere sind 1220 in den Codex aufgenommen worden. Die Authentiken zu den Institutionen, deren Zahl weit geringer ist, als der zu dem Codex, sind sämmtlich aus den Novellen geschöpft, finden sich auch nur in einigen Handschriften und sind in wenigen Ausgaben abgedruckt[250]). Die Glossatoren waren auch für die kritische Feststellung des Textes des Corpus iuris bemüht; der von ihnen festgestellte Text wird lectio Bononiensis genannt. Mit dieser Feststellung des Textes ist indessen eine völlige Uebereinstimmung aller Lesarten nicht gemeint, indem sowohl die zahlreichen Varianten in der accursischen Glosse, als die Streitigkeiten der Glossatoren über Lesarten bestimmt das Gegentheil beweisen. Der Ausdruck lectio (litera, recensio) Bono-

---

248) Die Literatur über diese Eintheilung s. bei Deurer, Grundriß S. 189.

249) Vgl. über diese Begriffe Savigny a. a. O. Bd. III, S. 552 flg., 566 flg. Bd. V, S. 217 flg., 233 flg. Wichtig ist die Zusammenstellung der Controversen der Glossatoren von Haenel, Dissensiones Dominorum sive Controversiae veterum iuris romani interpretum, qui Glossatores vocantur, Lips. 1834.

250) Ueber die Authentiken vgl. vorzüglich Biener, historia Authenticarum Codici et Institutionibus Iustiniani insertarum. Sect. I. II. Lips. 1807. Savigny in Hugo, civil. Magaz. Bd. III, S. 282 flg., S. 13 flg. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. III, S. 527. Bd. IV, S. 39—58. Haenel, Dissensiones Dominorum p. 36 sq. Die ältere Literatur s. bei Deurer, Grundriß S. 189 Anm. 3.

niensis ist nur überhaupt auf den von den Glossatoren kritisch berichtigten Text zu beziehen, und dieser Ausdruck erhält bei Verschiedenheiten im einzelnen doch durch die durchgängige Uebereinstimmung der zur Zeit der Glossatoren entstandenen Handschriften in wesentlichen Punkten, im Vergleich mit den dieser Zeit vorangehenden Handschriften eine sehr bestimmte Bedeutung. Die meisten der älteren Handschriften vor der Zeit der Glossatoren sind verloren gegangen; nur wenige sind erhalten. Unter den letzteren ist die sog. Florentiner (früher Pisaner) Pandectenhandschrift die wichtigste, indem sie im wesentlichen die Grundlage für die Feststellung des Digestentextes durch die Glossatoren wurde (litera Pisana). Der Ausdruck lectio vulgata wird mit dem der lectio Bononiensis insofern gleichbedeutend genommen, als er die in den Glossatorenhandschriften (vulgares Codices) enthaltenen Lesarten, im Gegensatze der sonst sich findenden, namentlich der in der Florentiner Pandectenhandschrift, bezeichnet; es läßt sich dieser Ausdruck aber auch in einer allgemeineren Bedeutung nehmen, so daß er die in den meisten Handschriften befindliche Lesart bezeichnet[251]). — Nicht alle Stellen des Corpus iuris sind in der accursischen Sammlung mit Glossen versehen; man unterscheidet daher glossirte und nicht glossirte Stellen. Die letzteren bilden die Ausnahme. Daß manche Stellen nicht mit Glossen versehen worden sind, hat seinen Grund entweder darin, daß diese Stellen in den von den Glossatoren benutzten Handschriften fehlten, oder darin, daß sie in griechischer Sprache geschrieben waren (Graeca sunt, Graeca non leguntur), oder darin, daß die Glossatoren sie für völlig unpractisch ansahen. Die Institutionen sind durchgehends glossirt. Von den Digesten sind 14 Stellen nicht glossirt[252]). Im Codex sind eine ganze Reihe Stellen nicht glossirt[253]); in den Ausgaben sind sie, meistens aus griechischen Quellen restituirt[254]), doch ist nicht Alles, was sich in den Ausgaben findet, auch mit Recht in dieselben aufgenommen[255]).

---

251) Vgl. über die lectio Bononiensis Cramer, Tit. Dig. et Cod. de Verbor. signif. (Kil. 1811) p. 13 sq. Savigny, in den Heidelb. Jahrb. 1812 S. 579 flg. Schrader in Hugo, civil. Magaz. Bd. IV, S. 439. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. III, S. 445 flg., 460 flg., 487 flg., 719 flg. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechtes §. 18.

252) L. 7. § 5. L. 11 D. (48. 20.) L. 10—19. D. (48. 22.) Sie fehlen auch in der Florentiner Handschrift und sind in den Ausgaben erst aus den Basiliken und ihren Scholien restituirt. Die Scholien, weil sie aus dem index des Dorotheus entlehnt sind, bieten eine den Originaltext wiedergebende wörtliche Uebersetzung.

253) Ein Verzeichniß derselben giebt unter anderen Deurer, Grundriß S. 190, 191. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. I, S. 13.

254) Hauptsächlich durch Cujas aus den Basiliken; in der neuesten Zeit hat der Verfasser dieses Artikels eine Reihe Auszüge bisher unbekannter Constitutionen aus dem 1. u. 6. Buche der Basiliken aus der Coislin'schen Handschrift Nr. 151 veröffentlicht.

255) Vgl. Hugo über die nicht glossirten Stellen im justin. Codex, Jena 1807. Witte, die leges restitutae des justin. Codex, Breslau 1830. Biener

Von den 168 Novellen sind 76 nicht glossirt, nämlich Nov. 11, 13, 21, 24—32, 35—37, 40—43, 45, 50, 59, 62—65, 68, 75, 87, 101—104, 110, 121, 122, 126, 129, 130, 133, 135—142, 144—158, 160—168[256]. 3) Ausbreitung des römischen Rechtes in Teutschland[257]. Die hauptsächlichste Ursache der Ausbreitung des römischen Rechtes in Teutschland war das Studium vieler Teutschen auf der Rechtsschule zu Bologna, welche, von dort zurückgekehrt, die Vorliebe für dasselbe in die Heimath mitbrachten. Dazu kam die Stiftung teutscher Universitäten, auf welchen eigene Lehrstühle für das römische Recht gegründet wurden. Ueberhaupt fand das römische Recht vom Lehrstuhle herab allmälig Eingang in die Gerichte, der Eingang wurde besonders durch das kanonische Recht und die geistlichen Gerichte vermittelt, indem das römische Recht von jeher als Recht der Kirche galt und es im wesentlichen auch blieb, wenn es auch durch das kanonische Recht vielfach modificirt wurde. Dem Eingange des römischen Rechtes war ferner der Umstand günstig, daß es in Einer Sammlung vorhanden war, während die teutschen Rechte und Gewohnheiten zum großen Theile nicht aufgezeichnet waren. Die teutschen Kaiser waren der Verbreitung des römischen Rechtes förderlich, weil dasselbe die kaiserliche Gewalt als unbeschränkt darstellt und daher dem Streben der Kaiser nach Vermehrung ihrer Macht günstig war. Daß ohne diese begünstigenden Umstände das römische Recht in Teutschland das Uebergewicht wegen der Unzulänglichkeit der einheimischen Rechte für die durch Cultur, Handel und besonders die kräftige Entwickelung des städtischen Lebens begründeten neuen Verhältnisse hätte erlangen müssen, läßt sich nicht behaupten. Auch fand das römische Recht und das Bestreben der in demselben unterwiesenen Doctoren demselben Eingang zu verschaffen, in Teutschland mannigfachen Widerspruch, namentlich von Seiten des Adels. Kaiser Friedrich III. soll sogar in einer Reformation von 1441, die aber nicht zur Ausführung kam, die völlige Entfernung der Doctoren der Rechte sowohl aus den Gerichten, als aus dem Rathe der Fürsten, als auch von dem Amte der Fürsprecher und Anwälte beabsichtigt haben. Nichtsdestoweniger gewann das römische Recht immer größere Verbreitung. Unter Kaiser Maximilian I. fing man an, das justinianeische Recht als gemeines Recht in Teutschland zu betrachten, wenngleich der Kampf zwischen ihm und dem ein-

---

und Heimbach sen., Beiträge zur Revision des justin. Codex, Berlin 1833 (aus der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. VII, S. 115 flg., 243 flg., Bd. VIII, S. 81 flg. abgedruckt).

256) Vgl. Mencken, de Novellarum glossatarum et non glossatar. auctoritate iur., Lips. 1707. Cramer, Analecta liter. ad histor. Novell. Inst., Kil. 1794 und in Hugo, civil. Mag. Bd. III, S. 26 flg. 113 flg. Weiss, histor. Novell. liter. P. I. Marb. 1800. Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. II, S. 100. Biener, Gesch. der Nov. S. 291 flg., 431 flg.

257) Die Literatur darüber s. bei Deurer, Grundr. S. 192.

heimischen Rechte noch nicht zum völligen Schlusse gekommen war. Die Mitglieder des 1495 errichteten Reichskammergerichtes wurden nämlich in ihrem Eide ausdrücklich verpflichtet, nach des Reiches gemeinen Rechten zu richten. Daß darunter nur das justinianeische Recht hat verstanden werden sollen, ergiebt sich aus anderen Gesetzen dieses Kaisers, insbesondre aus der Notariatsordnung von 1512. Ebenso bezieht sich Kaiser Karl V. in den von ihm erlassenen Gesetzen, namentlich in der peinlichen Gerichtsordnung von 1532, auf das römische Recht, und betrachtet es sogar als von seinen Vorfahren im Reiche erlassen, mithin als eigenthümliches, von seinem Vorfahren Justinian bekannt gemachtes Gesetz. Mehrere im 16. und 17. Jahrhunderte erlassene Reichsgesetze äußern sich über das römische Recht in einer Weise, daß, wenn auch eine ausdrückliche Reception durch die gesetzgebende Gewalt nicht erfolgt ist, doch die Reception als eine vollendete Thatsache auch durch die Reichsgesetzgebung anerkannt angesehen werden muß[258]). Auch haben einzelne Theile des teutschen Reiches unter Aufhebung ihrer alten Gewohnheitsrechte sich schlechthin dem römischen Rechte unterworfen[259]). So ist es denn allmälig dahin gekommen, daß das justinianeische Recht in seinem ganzen Umfange (in complexu) als in Teutschland recipirtes gemeines Recht gilt. 4) Grundsätze über die Anwendung des römischen Rechtes in Teutschland. Das römische Recht, soweit es Inhalt und Grundlage des gemeinen Rechtes geworden ist, ist in der justinianeischen Rechtssammlung, im Corpus iuris civilis, enthalten; was außer demselben an Quellen vorhanden ist, ist nur für seine Geschichte und Auslegung von Bedeutung. Auch vom Corpus iuris ist nicht der ganze Inhalt practisch. Abgesehen davon, daß vieles in demselben Enthaltene blos historische und wissenschaftliche Bedeutung hat, wird denjenigen Theilen des Corpus iuris keine Giltigkeit beigelegt, welche unglossirt sind (quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia oder forum)[259a]). Hierbei ist es gleichgiltig, ob die Glossatoren diese Theile selbst schon für unanwendbar gehalten haben. Hinsichtlich der glossirten Novellen ist bestritten, ob die von den griechischen Novellen den Glossatoren bekannte alte lateinische Uebersetzung oder der griechische Urtext den Vorzug habe, wenn erstere von letzterem abweicht[260]). Für den Vorzug des griechischen Urtextes entscheidet, daß die Glossatoren selbst damit

---

258) Vgl. Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. I, v. 1577 Tit. I. Reichsabsch. v. 1654 §. 105. Vgl. J. Weiske, pract. Untersuch. Heft 3, S. 1 flg.

259) Vgl. Spangenberg, Einleitung in das römisch-justin. Rechtsbuch S. 114 flg.

259a) Vgl. darüber Spangenberg a. a. O. S. 167 flg. Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. I, S. 66 flg. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 12. Osenbrüggen, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XV, S. 172 flg. Bd. XVII, S. 382 flg.

260) Die Literatur darüber s. bei Spangenberg a. a. O. S. 175, N. 9, 10. Für den Vorzug der versio vulgata entscheidet Savigny, Syst. des heut.

bekannt waren, daß sie sich einer Uebersetzung bedienten, daß sie dieselbe für eine getreue hielten[261]) und keineswegs die Absicht hatten, dieser Uebersetzung Gesetzeskraft beizumessen. Sie waren selbst für die Kritik des Textes der justinianeischen Rechtsbücher sehr bemüht. So wenig aber die kritische Revision des Textes durch die Glossatoren in den übrigen Rechtsbüchern einen gesetzlichen Text geschaffen hat, wodurch alle spätere Kritik überflüssig und ausgeschlossen worden wäre, so wenig kann der Gebrauch einer Uebersetzung der griechischen Novellen durch die Glossatoren diese Uebersetzung zu einem gesetzlichen Texte erheben und die Anwendung des griechischen Urtextes beseitigt haben. Die Glossatoren glaubten, in der ihnen vorliegenden Uebersetzung den Sinn der Novellen getreu wiedergegeben zu finden; sie wollten nicht diese Uebersetzung anwenden als solche, sondern weil sie ihrer Meinung nach den Sinn des Originals enthielt und sie des Verständnisses des Originals entbehrten; denn hätten sie den griechischen Urtext gekannt und denselben verstanden, so würden sie, da sie überhaupt das geltende römische Recht und wie es von Justinian selbst in seinen Rechtsbüchern niedergelegt war, lehren wollten, auch den griechischen Urtext zum Grunde gelegt haben. Auch widerspricht die vorzugsweise Berücksichtigung des griechischen Urtextes vor dem den Glossatoren bekannten nicht der Bedeutung der Glosse für das practische römische Recht. Denn die Glosse hat nur insofern dafür Bedeutung, als dadurch einzelne Stücke der justinianeischen Rechtssammlung von der Anwendung ausgeschlossen sind; die justinianeische Rechtssammlung ist in Teutschland nicht deshalb recipirt, weil sie glossirt ist, sondern insoweit sie glossirt ist. Der Glosse selbst ist kein größerer Werth beizulegen, als den Ansichten anderer Ausleger. Damit ist die frühere große Autorität der Glosse ebensowenig geleugnet[262]), sowie daß die Glosse in anderen Rechtstheilen, namentlich im Proceßrechte, von bedeutendem Einflusse und für die spätere Praxis oft maßgebend gewesen ist. Als Glossen können die Authentiken, insoweit sie Auszüge aus den Novellen enthalten, auch nur angesehen werden. Dagegen sind die Authenticae Fridericianae allerdings als Vermehrung des ursprünglich geltenden römischen Rechtes anzusehen, weil sie auf Befehl der Kaiser dem Codex hinzugefügt worden sind. In privatrechtlicher Beziehung haben sie wenig Bedeutung. — Unter diesen näheren Bestimmungen ist das im Corpus iuris enthaltene römische Recht im ganzen (in complexu) recipirt. Es streitet daher für seine Anwendbarkeit im einzelnen die Vermuthung;

---

röm. Rechtes Bd. I, S. 67. Osenbrüggen, in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. XVII, S. 382—411. Für den Vorzug des griechischen Urtextes Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 14.

261) S. die Stelle aus Burgund. praef. homil. Chrysost. in Ioann. bei Savigny, Gesch. des röm. Rechtes Bd. IV, S. 347.

262) Vgl. darüber Böcking, Inst. Bd. I, S. 127. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes Bd. V, S. 268, N. 68.

seine Nichtanwendbarkeit ist zu beweisen. Es ist in den Ländern des gemeinen Rechtes das regelmäßig anwendbare Recht; es wird nicht schlechthin vom gemeinen teutschen ausgeschlossen, sondern nur vom Landesrechte; vielmehr ist das gemeine teutsche Recht durch das römische größtentheils verdrängt worden. Nur im Verhältniß zum partikulären Rechte der einzelnen teutschen Länder ist es ein subsidiäres oder Hilfsrecht. Selbstverständlich haben diejenigen Theile des römischen Rechtes keine Anwendung, welche der römischen Rechtswissenschaft angehören, wie Definitionen, doctrinelle Eintheilungen, historische Nachrichten und Bemerkungen [263]). Die früher wohl manchmal behauptete Anwendbarkeit mancher Theile des römischen Rechtes läßt sich ebensowenig annehmen, als dem römischen Rechte auf die wissenschaftliche Behandlung und Fortbildung der rein teutschen Rechtsinstitute irgend ein Einfluß beizulegen ist. Die historische Entwickelung und Auffassung, welche ein gründliches Verständniß unseres Rechtszustandes möglich gemacht hat, und die Nothwendigkeit, das teutsche Recht und das römische als selbstständige und als gleichberechtigt neben einander stehende aufzufassen, führen zu folgenden Begrenzungen der Anwendbarkeit des römischen Rechtes [264]): a) Alles, was dem jetzigen öffentlichen Leben, der Organisation des Staates, der Staatsgewalten und Mittel, sowie seiner Glieder, namentlich der Stände angehört, kann nicht nach dem römischen Rechte beurtheilt werden, weil die Formen des römischen Staates von den jetzigen wesentlich verschieden sind, mithin die römischen staatsrechtlichen Sätze der Voraussetzung ihrer Anwendung ermangeln; b) nicht mehr anwendbar sind alle privatrechtlichen Bestimmungen des römischen Rechtes, welche auf eigenthümlich römischen den Teutschen fremd gebliebenen Einrichtungen, Ansichten und Volkssitten beruhen, mithin der Voraussetzungen ihrer Anwendung ermangeln, oder die, wenn sie auch noch vorkämen, doch nicht die Bedeutung mehr haben, welche das römische Recht ihnen beilegt. Unter denen, welche noch vorkommen, aber in anderer Bedeutung als im römischen Rechte, sind besonders diejenigen hervorzuheben, welche mit processualischen Ereignissen dergestalt zusammenhängen, daß durch solche gewisse Wirkungen entstehen. Hierbei sind die abweichenden Erscheinungen, in welchen jene im jetzigen Processe hervortreten, maßgebend [265]). Dagegen sind bei uns die Voraussetzungen der anwendbaren Bestimmungen bisweilen erweitert, indem die römischen Bestimmungen auf den Römern unbekannte Erscheinungen wegen Gleichheit des Grundes analogisch angewendet werden; die meisten

---

263) Glück, Einleit. in das Stud. des röm. Privatr. S. 274 flg. Huk, de hodierno iuris romani usu (Tubing. 1830) p. 6. sq.

264) Vgl. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 17 flg.

265) So bei der Litiscontestation. Schon bei Anwendung der Pandectenstellen muß für das justinianeische Recht diese Rücksicht genommen werden. Sintenis a. a. O. S. 18, N. 38.

Fälle dieser Art gehören in das teutsche Privatrecht[266]). Einzelne römische Institute und Bestimmungen sind wegen des erwähnten Mangels der Voraussetzungen insbesondre deshalb nicht anwendbar, weil das mit dem römischen Kunstausdrucke bezeichnete Institut in dem diesem Ausdrucke entsprechenden Begriffe sich bei uns nicht findet[267]). c) Das römische Recht ist ferner nicht nur insoweit unanwendbar, als durch das kanonische Recht und die teutschen Reichsgesetze seine Anwendung ausgeschlossen wird, sondern auch insoweit, als ihm teutschrechtliche Institute, welche den Vorrang behauptet haben, widerstreiten[268]); dagegen hat das römische Recht auch wieder eine Menge teutscher Institute ganz verdrängt. Es kann auch eine Anwendung römischer Sätze in Verbindung mit teutschrechtlichen Instituten, welche den Vorrang behauptet haben, vorkommen; doch muß hierbei mit großer Vorsicht verfahren werden, um nicht durch Anwendung römischer Sätze der eigentlichen teutschen Natur eines Institutes Gewalt anzuthun[269]). 5) Verhältniß der einzelnen Theile der justinianeischen Rechtssammlung zu einander[270]). Widersprechen die einzelnen Theile der justinianeischen Rechtssammlung einander, so haben a) die Novellen vor den übrigen drei Rechtsbüchern, und unter den

---

266) Beispiele solcher Erweiterungen sind die Ausdehnung der römischen actio subsidiaria gegen Municipalobrigkeiten auf alle Obrigkeiten, der römischen actio in factum adversus iudicem, qui litem suam fecit auf Handlungen des Richters im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Im teutschen Privatrechte kommen noch viel wichtigere analogische Anwendungen des römischen Rechtes vor, z. B. die Ausdehnung der negatoria und confessoria actio auf Realrechte und Reallasten, des Quasibesitzes auf dieselben Verhältnisse u. s. w. Sintenis a. a. O. S. 18, N. 39.

267) Beispiele sind die habitatio und der usus im Gegensatze des ususfructus.

268) Manche teutschrechtliche Institute haben ganz entschieden den Vorrang behauptet, z. B. die Erbverträge; bei anderen dagegen ist es mehr oder minder zweifelhaft, ob römische Institute durch teutsche ganz verdrängt worden sind, z. B. bei der römischen emphyteusis, superficies und propter nuptias donatio.

269) So sind die römischen allgemeinen Grundsätze von Verträgen unbedenklich auf Erbverträge anzuwenden. Manche Institute stehen theils unter Bestimmungen des römischen, theils unter denen des teutschen Rechtes, so daß die des einen Rechtes durch das andere modificirt worden sind. Hier muß genau untersucht werden, ob die dem einem oder dem anderen Rechte angehörigen Grundsätze das Uebergewicht erlangt haben und hiernach ist zu bestimmen, ob diese Institute in das Civilrecht oder in das teutsche Recht gehörem. So gehört z. B. die Lehre von der Vormundschaft in das Civilrecht, die Lehre von Eheverträgen und Erbverträgen, von der Einkindschaft, dem Gesammteigenthume in das teutsche Recht. Sintenis a. a. O. S. 19, N. 43.

270) Vgl. darüber Schömann, Handbuch des Civilr. Bd. I, Abh. I. Hufeland, über den eigentlichen Geist des römischen Rechtes Bd. I, S. 131 flg. Thibaut, civil. Abhandl. S. 79 flg. Löhr in Grolman und Löhr, Magaz. Bd. III, N. 7. Spangenberg, Einleit. in das röm. justin. Rechtsbuch S. 185 flg. Fritz, Erläut. zu Wening-Ingenheim Bd. I, S. 10 f. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. I, S. 270 flg. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 52 flg. Die Ansichten darüber sind sehr verschieden.

Novellen als einzelnen Gesetzen die jüngeren vor den älteren den Vorzug, und es kann die gleichzeitige Reception der Novellen mit den übrigen Rechtsbüchern an dem Verhältnisse der ersteren zu den letzteren nichts ändern, weil diese Reception doch im Sinne von Justinian als eines von ihm hinterlassenen Vermächtnisses von Gesetzen, folglich ganz in der Art geschehen ist, wie sich die Giltigkeit dieser Gesetze am Ende seiner Regierung von selbst festgestellt hatte[271]). b) Hinsichtlich der drei übrigen Rechtsbücher stehen sich hauptsächlich zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen, welche in der Praxis den meisten Eingang gefunden hat, ist das jüngere Rechtsbuch dem älteren vorzuziehen. Hiernach hat der Codex im allgemeinen den Vorzug vor den Pandecten; es wird jedoch, weil die Revision der im Codex enthaltenen Verordnungen sich nur auf den Codex selbst, um die neueren eingetragenen mit den älteren in Uebereinstimmung zu bringen, nicht auf die Pandecten bezog, zwischen den vor den Pandecten erlassenen und den nach den Pandecten publicirten Constitutionen unterschieden, letzteren unbedingt der Vorzug vor den Pandecten gegeben, hinsichtlich der ersteren im Falle eines Widerspruches mit den Pandecten nur eine Vereinigung durch zweckmäßige Auslegung für zulässig erachtet. Im Falle eines Widerspruches der Codexstellen unter einander soll die jüngere der älteren vorgehen. Da Institutionen und Pandecten gleichzeitig redigirt sind, so wird ein Vorrang des einen Rechtsbuches vor dem anderen im allgemeinen nicht angenommen und im Falle eines Widerspruches beider Rechtsbücher den Institutionen nur dann der Vorzug gegeben, wenn sie, was aus inneren Gründen zu beurtheilen sei, einen treueren Auszug aus der Schrift des alten Juristen enthalten, als die Pandecten, oder wenn sie das Pandectenrecht absichtlich abändern. Wenn sich einzelne Pandectenstellen widersprechen, so soll die des jüngeren Juristen vor der des älteren Juristen den Vorzug haben; bei Widersprüchen desselben Juristen soll ebenfalls dessen spätere Meinung vorgehen[272]). Nach einer zweiten Ansicht, welche die bedeutendsten juristischen Autoritäten der neuesten Zeit für sich hat[273]), sind der Codex, die Pandecten und die Institutionen, obgleich sie zu verschiedener Zeit publicirt sind, doch als Ein zusammenhängendes Ganze zu betrachten. Für die Richtigkeit dieser Ansicht entscheidet, daß Justinian selbst sie als ein solches das gesammte römische Recht vollständig umfassende Ganze angesehen hat[274]). Gegen den nach der ersten Meinung dem Codex, wenn auch

---

271) Savigny a. a. O. S. 268—270.

272) Vgl. Spangenberg a. a. O. S. 189—192.

273) Löhr, Savigny und Sintenis a. d. a. O.

274) Dieser Zweck findet sich wiederholt ausgesprochen, in Bezug auf den neuen Codex in Const. Cordi nobis est §. 1, 2; in Bezug auf alle drei Rechtsbücher in Const. Deo auctore §. 11. Const. Tanta §. 12. Const. Omnem reipublicae §. 7. Vgl. Löhr a. a. O. S. 201. Savigny a. a. O. S. 270, 273.

unter manchen Einschränkungen, vor den Pandecten gegebenen Vorzug spricht, daß eine Abänderung des mit dem Codex nicht übereinstimmenden Inhaltes der Pandecten durch die schon nach Einem Jahre erfolgte Publication des ersteren schon deshalb gar nicht beabsichtigt sein konnte, weil dies der gesetzgeberischen Klugheit geradezu entgegen gewesen wäre; ebenso müßten nach dieser Ansicht die vier Jahre nach dem älteren Codex publicirten Pandecten diesem derogirt haben; ein solcher zweimaliger Wechsel der Gesetzgebung innerhalb zweier Jahre wäre aber offenbar höchst widersinnig gewesen. Vielmehr verhält sich die Sache so. Der Rechtszustand vor Beginn einer der Rechtssammlungen Justinian's war der, daß die einzigen geltenden Rechtsquellen die kaiserlichen Constitutionen (Leges) und die juristischen Schriften der Vorzeit (ius), welche später zum großen Theile in die Pandecten aufgenommen wurden, waren. Justinian stellte das Constitutionenrecht in seinem älteren Codex fest. Nachdem dies geschehen war, galt das in den juristischen Schriften enthaltene Recht bis zur Publication der Pandecten fort, und wurde in diesen ebenfalls nur festgestellt. Der neue Codex nahm den noch practischen Inhalt des älteren, also den größten und hauptsächlichsten Theil in sich auf. Hiernach ist die Zeit der Publication dieser einzelnen Sammlungen ganz ohne Bedeutung für die Frage über den Vorzug der einen vor der anderen im Falle eines Widerspruches. Diese Frage konnte zu Justinian's Zeit gar nicht aufgeworfen werden, und der Kaiser selbst hielt sie für unmöglich, eines Theiles, weil er der Meinung war, daß kein Widerspruch vorkomme, anderen Theiles, weil er mit seinen Sammlungen keine Veränderung des bisherigen Verhältnisses der in ihnen enthaltenen Rechtsmassen zu einander beabsichtigte. Die ungeachtet der Versicherung des Kaisers sich vorfindenden Widersprüche sind auf dem Wege der Auslegung zu beseitigen. Zuvörderst muß man von der Annahme eines Widerspruches bei abweichenden Bestimmungen absehen, welche sich auf historischem Wege vereinigen lassen; denn das ältere Recht wurde neben dem neueren entweder nur zur Erläuterung des letzteren aufgenommen, oder es geschah dies deshalb, weil bei der Zusammensetzung der Titel aus einzelnen Fragmenten verschiedener Zeit, eine vollständige und zusammenhängende Uebersicht des Ganzen, ohne umfassende selbstständige Ueberarbeitung, auf andere Weise, als durch Aufnahme des älteren Rechtes, nicht gewonnen werden konnte[275]). Wo der historische Zweck sich klar darlegt, sind die abweichenden Bestimmungen alle auf historischem Wege zu vereinigen. Am häufigsten ist dies im Codex der Fall, da die kaiserlichen Constitutionen hauptsächlich auf Fortbildung des Rechtes gerichtet waren[276]). In anderen Fällen ist die Sache mühsam

---

275) Löhr a. a. O. S. 189—193. Savigny a. a. O. S. 278 flg. Sintenis a. a. O. S. 53, 54.
276) Savigny a. a. O. S. 283, 284.

und das Ergebniß oft zweifelhaft. Ueberhaupt ist im Zweifel die historische Vereinigung nur mit großer Vorsicht anzuwenden, weil Justinian eine dogmatische, keine historische Sammlung beabsichtigte; die bloße verschiedene Zeit des Ursprunges der einzelnen Stellen giebt an sich noch keinen Grund zur Hebung des Widerspruches auf historischem Wege; dazu bedarf es immer selbstständiger Gründe[277]. In den Fällen, welche historisch nicht zu vereinigen sind, und in den Fällen wirklicher Widersprüche, sind ebenso, wie bei Widersprüchen desselben Rechtsbuches, die Grundsätze der juristischen Auslegungskunst anzuwenden[278]. — Justinian's Constitutionen selbst, soweit sie Abänderungen des älteren Rechtes enthalten, sind diesem selbstverständlich jedes Mal vorzuziehen, weil sie jünger sind. Als eine solche Constitution hat auch Justinian seine Institutionen betrachtet, indem er denselben ausdrücklich die Kraft der Constitutionen beigelegt hat[279]. Darum haben sie, unter übrigens gleichen Umständen für die einzelnen widersprechenden Stellen, den Vorzug vor den Pandecten. Da aber die Institutionen in der Hauptsache den Charakter eines Lehrbuches und Auszuges an sich tragen, so ist nicht selten dieser Charakter so überwiegend, daß die ausführliche und dogmatische Darstellung der Pandecten vorgezogen werden muß[280]. Die Frage über das Verhältniß der Institutionen zum Codex kann nicht aufgeworfen werden, da Widersprüche zwischen beiden nicht vorkommen.

D. Vom Corpus iuris civilis. I. Handschriften[281]. Es giebt wenige ältere Handschriften aus der Zeit vor den Glossatoren; desto häufiger sind die zur Zeit der Glossatoren geschriebenen. Die ersteren haben die inscriptiones legum, die subscriptiones constitutionum und die griechischen Stellen, und entweder gar keine oder eine kurze Interlineargloſſe; die letzteren haben die drei ersten Stücke nicht und sind meistens regelmäßig mit einer mehr oder minder vollständigen Glosse

---

277) Savigny a. a. O. S. 280—283. Sintenis a. a. O. S. 54 flg.

278) Für den Fall des Widerspruches von Stellen derselben Sammlung giebt es keine allgemeine Regel. Löhr a. a. O. S. 215. Kann der Widerspruch durchaus nicht gehoben werden, so bleibt nichts übrig, als unter beiden widersprechenden Stellen die vorzuziehen, welche den übrigen unzweifelhaften Grundsätzen der justinianeischen Gesetzgebung am meisten entspricht. Löhr a. a. O. S. 208. Savigny a. a. O. S. 286 flg.

279) Prooem. Inst. §. 6.

280) Savigny a. a. O. S. 284 flg., wo auch Beispiele der verschiedenen möglichen Fälle aufgestellt sind. Andere ziehen unbedingt die Institutionen vor, z. B. Löhr a. a. O. S. 214.

281) Vgl. darüber Spangenberg, Einleit. in das röm. justin. Rechtsbuch S. 492 flg. Beck, indicis codicum et editionum iur. Iustin. prodromus, Lips. 1823. (Dazu die Recension von Spangenberg in der allgem. Lit. Zeit. 1823 Nr. 251.) Hänel, in der Leipz. Lit. Zeit. 1828 Nr. 42. Hach, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. V, S. 131 flg. Cramer, kleine Schriften (Leipzig 1837) S. 39 flg. Falk, jurist. Encyclopädie §. 84. Böcking, Instit. Bd. I, S. 78 flg.

versehen. Doch kommen auch Ausnahmen vor; es giebt nämlich Handschriften der ersten Klasse mit später beigeschriebener Glosse, und Handschriften der zweiten Klasse ohne Glosse. Unter den glossirten Handschriften unterscheidet man solche, welche die voraccursische, und solche, welche die accursische Glosse haben; die letzteren sind bei weitem die zahlreichsten. Auch Handschriften der neueren Zeit sind nicht zu vernachlässigen, weil sie Abschriften einer älteren guten Handschrift sein können. Handschriften des ganzen Corpus iuris civilis in Einem Bande sind höchst selten. Eine solche befindet sich in der königl. Bibliothek zu Kopenhagen[282]). Desto häufiger sind Handschriften der einzelnen Theile. 1) Die Handschriften der Institutionen[283]) sind theils unabhängige, welche dem Volumen nicht angehängt sind, theils nicht unabhängige, in welchen die Institutionen hinter das Volumen geschrieben sind. 2) Die Handschriften der Digesten[284]) sind zahlreich. Die wichtigste darunter ist die weltberühmte Florentiner Handschrift[285]), die unter dem Namen Pandectae Pisanae, Amalphitanae, Florentinae, archetypon Florentinum, virgo Florentina bekannt ist. Der Sage nach soll dieselbe in Amalphi gewesen und nach Eroberung dieser Stadt im Jahre 1135 durch die Pisaner nach Pisa geschafft worden sein. Gewiß ist, daß sie sich in Pisa befand und nachdem diese Stadt unter florentinische Herrschaft gekommen war (1406), nach Florenz gebracht worden ist. Die Behauptung Einiger, daß sie ein unter Justinian selbst verfaßtes Original sei, widerlegt sich theils aus diplomatischen Gründen, nach denen sie höchstens in das 7. Jahrhundert zu setzen ist, theils durch die in ihr befindlichen Lücken, Fehler und den Gebrauch der von Justinian verbotenen Abbreviaturen. Sie besteht aus zwei Bänden in länglichem Quartformat, welche in rothen Sammet gebunden und mit silbernen Clausuren versehen sind. Der erste Band enthält die ersten 19, der zweite die anderen 31 Bücher. Die sonst breiteren Blätter sind durch das Beschneiden bei dem neuen Einbinden sehr geschmälert worden. Der Stoff ist das feinste Pergament. Jede Seite enthält zwei Columnen. Die Tinte hat hin und wieder das Pergament zerfressen. Das erste Blatt der Handschrift, worauf die Const. Δέδωκεν gestanden hat, fehlt.

---

282) Sie wird beschrieben von Cramer, ad tit. Dig. de verb. signif. praef. p. 24. sq.

283) S. darüber insbesondre Prodromus Corpor. iur. civil. a Schradero, Clossio et Tafelio edendi (Berol. 1823) p. 35. sq. Roßhirt, Beiträge zum röm. Rechte Heft I, (Heidelb. 1820) Nr. 1.) Dirksen, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. I, S. 350 flg. Instit. ed. Schrader (Berol. 1832) p. 9.

284) Vgl. darüber Spangenberg a. a. O. S. 497—532. Beck, prodrom. p. 9. sq. Clossius, Comm. sistens. Codd. quorundam Dig. veteris — descriptionem etc., Vimar. 1818. Gaupp, quatuor folia antiquissimi alicuius Digestorum Codicis rescripti Neapoli nuper reperta, Vratislav. 1823.

285) Sie ist sehr genau beschrieben in Brenkmann, historia Pandectarum seu fatum exemplaris Florentini, Trai. ad Rhen. 1722. Vgl. noch dazu Gebauer, narratio de H. Brenkmanno, Gotting. 1764.

Die Buchstaben sind eine Art Uncialbuchstaben, mit gothischen vermischt. Die Schreibart der griechischen und lateinischen Wörter ist fast nicht zu unterscheiden; nur sind die griechischen mit größerer Genauigkeit geschrieben. Es finden sich verschiedene Hände in der Handschrift. Einige der Abschreiber sind sehr sorgfältig gewesen; andere sehr unwissend und nicht einmal der lateinischen Sprache kundig. Während des Einfalles der Franzosen war die Handschrift längere Zeit verschwunden; sie war nämlich vergraben worden; später wurde sie wieder an ihren alten Ort gebracht. In Folge des langen Aufenthaltes unter der Erde hat sie durch die Nässe gelitten. Ueber den Werth der Handschrift und ihr Verhältniß zu den anderen vorhandenen Handschriften sind die Meinungen getheilt. Nach der einen Ansicht stammen alle übrigen seit dem Wiederaufleben des römischen Rechtes vorhanden gewesenen und noch vorhandenen Pandectenhandschriften von ihr ab und sind nur Abschriften von ihr; nach der anderen hat es davon unabhängige Handschriften gegeben und sind auch von den Glossatoren benutzt worden[286]). Die überwiegenden Gründe sind für die letztere Ansicht, namentlich spricht dafür der Umstand, daß sich in der Florentiner Handschrift Lücken finden, welche in den Glossatorenhandschriften ausgefüllt sind. Mehrere dieser Ergänzungen beruhen zwar auf Conjectur der Glossatoren; viele aber sind von der Art (z. B. Ergänzungen ganzer fehlender Stellen), daß die Ergänzung nothwendig aus anderen Urhandschriften genommen sein muß. 3) Die Handschriften des Codex[287]) enthalten meistens nur die ersten neun Bücher, weil die drei letzten zum Volumen gehören. Die meisten Handschriften sind unvollständig, so daß mehreren Constitutionen oft ganze Titel fehlen, was namentlich von den auf die römische Verfassung bezüglichen gilt, welche die Abschreiber als nicht mehr practisch wegließen. 4) Die Handschriften der Novellen[288]) sind weniger zahlreich. Die bedeutendsten darunter sind die Venetianische, welche im 16. Jahrhundert in der Scrimger'schen Ausgabe am vollständigsten und genauesten abgedruckt worden ist, und die Florentinische, von

---

286) Vgl. die Literatur über diese Streitfrage bei Haubold, Instit. lineamenta p. 189. sq. Besonders Spangenberg, Einleitung S. 407—425. Thibaut, jurist. Nachlaß, herausgegeben von Guyet (Berl. 1842) Bd. II, S. 404 flg. Hugo, im civil. Magaz. Bd. V, S. 257 flg. Förster, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. II, S. 271 flg. Savigny, Gesch. d. röm. Rechtes im Mittelalter Bd. II, S. 154 flg. Bd. III, S. 92 flg., 446 flg. Zachariä, Reise in den Orient (Heidelb. 1840) S. 49 flg. Puchta, Institutionen Bd. I, S. 709 flg.

287) Vgl. darüber Schrader, Abhdl. aus dem Civilr. Bd. I, S. 287 flg. Spangenberg, Einleit. S. 547—567. Niebuhr, in der Zeitschrift für geschichtl. RW. Bd. III, S. 389 flg. Goeschen, edit. Gaii. Praef. p. 66. sq. Blume, iter Ital. Bd. I, S. 262 flg. Iust. Cod. edid. Hermann. Praef. p. 12. sq. Heimbach iun., Anecdot. T. II. cap. I. Prolegom. p. 1. sq.

288) Vgl. darüber Spangenberg, Einleit. S. 568 flg. Biener, Gesch. der Nov. S. 308 flg., 551 flg. Savigny, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. II, S. 104 flg.

welcher gewöhnlich angenommen wird, daß sie nur die in die Basiliken aufgenommenen Novellen enthalte, ja sogar behauptet wird, daß sie die Novellen nur aus der zweiten Hand, nämlich aus den Basiliken gebe. Von letzterer befindet sich eine von Bologninus gefertigte Abschrift zu Bologna[289]).

II. Ausgaben: 1) der einzelnen Theile. a) Die Institutionen[290]) sind oft herausgegeben worden. Die erste ist bei Peter Schöffer 1468 zu Mainz erschienen: unter den späteren sind hervorzuheben die von Cujas[291]), Biener[292]) und besonders die von Schrader, wobei ein möglichst vollständiger kritischer Apparat benutzt und vorzügliche kritische und exegetische Bemerkungen beigefügt sind[293]). b) Unter den Ausgaben der Digesten[294]) verdienen nächst den ältesten[295]) bemerkt zu werden, die von Haloander, bei welcher eine Vergleichung der Florentiner Handschrift von Bologninus und viele sog. Vulgatmanuscripte benutzt worden sind[296]), und die von Lel. und Franz Torelli (Taurellius), wo die Florentiner Handschrift zum ersten Male vollständig abgedruckt ist, in der Hauptsache sehr genau, jedoch nicht mit diplomatischer Richtigkeit[297]). Auch nach demjenigen, was für die Digesten in den Ausgaben des Corpus iuris von Gebauer und Spangenberg, bei welcher die Brenkmann'sche Vergleichung der Florentiner Handschrift benutzt ist, von Beck und von den Gebrüdern Kriegel geleistet worden ist, bleibt für die Kritik derselben immer noch viel zu thun übrig und namentlich verdienen die bis jetzt ganz vernachlässigten älteren Basilikenscholien, besonders die aus dem index des Dorotheus entlehnten, einer sorgfältigen Berücksichtigung. c) Unter den Ausgaben des Codex enthalten die ältesten die ersten neun Bücher (den Codex im Sinne der Glossatoren) und die drei letzten als Theile des Volumen besonders[298]). Von dem, was spätere Herausgeber ge-

---

289) Ueber beide Handschriften s. Biener a. a. O. S. 85—88, 551 flg.

290) Vgl. Biener, index editionum hinter seiner Ausgabe; Schrader, prodrom. p. 155. sq.

291) Paris. 1585. Früher hatte er 1556 blos Noten zu den Institutionen drucken lassen. Vgl. Hugo, civil. Magaz. Bd. III, S. 238.

292) Berol. 1812.

293) Berol. 1832.

294) Vgl. Thibaut, Versuche Bd. I, S. 225 flg. Desselben jurist. Nachlaß S. 415 flg.

295) Die älteste Ausgabe a) des Digestum vetus ist von Clayn, Perus. 1476; b) des Infortiatum bei Vitus Pucher, Rom. 1475; c) des Digestum novum bei demselben, Rom. 1476.

296) Sie erschien zu Nürnberg 1529 3 Bände, jedoch mit fortlaufenden Seitenzahlen.

297) Sie erschien zu Florenz 1553 3 Bde., mit fortlaufenden Seitenzahlen. Vgl. über diese Ausgabe Hugo, Geschichte des röm. Rechtes seit Justinian S. 238 flg., 3. Ausg. Thibaut, jurist. Nachlaß S. 415 flg.

298) Die älteste Ausgabe a) des Codex im Sinne der Glossatoren erschien bei Peter Schöffer, Mainz 1475; b) der tres libri (lib. X—XII.) im Volumen, Rom 1476.

leistet haben, verdienen die Leistungen von Beck in seiner Ausgabe des Corpus iuris und noch mehr die von Herrmann in der von den Gebrüder Kriegel unternommenen Ausgabe des Corpus iuris rühmliche Anerkennung. Es bleibt aber für einen neuen Herausgeber immer noch viel zu thun übrig, und namentlich ist die sorgfältige Berücksichtigung der Basiliken und der älteren Scholien, insbesondre der wörtlichen Uebersetzung des Thaleläus, welche Hilfsmittel noch lange nicht ausgenutzt sind, angelegentlichst zu empfehlen. d) Von den Ausgaben der Novellen[299]) enthalten von der ältesten an[300]) bis zum J. 1531 alle nur die 97 glossirten Novellen und heißen Vulgatausgaben, weil sie nur den Text der Versio vulgata, nicht einmal vollständig, enthalten. Im J. 1531 gab zuerst Haloander den griechischen Text der Novellen nach der Sammlung der 168 Novellen heraus[301]), nach der von Bologninus von der Florentiner Novellenhandschrift genommenen noch jetzt zu Bologna befindlichen Abschrift. Er gab nur 122 Novellen und 16 Summen; von 27 Novellen hat er nur die Rubriken und Inscriptionen; 29 Novellen fehlen ganz. In der von ihm bearbeiteten lateinischen Uebersetzung giebt er 122 Novellen und 10 Summen; das Uebrige hat er aus der Versio vulgata entlehnt. Vollständiger gab Scrimger den griechischen Text der Novellen[302]) aus der Venetianer Novellenhandschrift heraus. Von den 122 bei Haloander im ganzen griechischen Texte vorhandenen Novellen hat Scrimger nur 118, nämlich 116 justinianeische und 2 justinsche, indem ihm von den justinianeischen Novelle 139 und die tiberischen Novellen (Nov. 161, 163, 164) fehlen. Dafür hat er mehr 21 justinianeische Novellen in der Hauptsammlung, 2 dergleichen in der Edictsammlung, 2 justinsche unter Justin's Novellen. Zusammen hat er also 118, welche schon bei Haloander stehen, 25, welche er zuerst giebt, zusammen 143[303]). Unter den Leistungen der späteren Herausgeber verdienen die von Osenbrüggen in der Kriegel'schen Ausgabe des Corpus iuris Erwähnung. Eine neue kritische Ausgabe mit Benutzung der nochmals sorgfältig verglichenen Venetianer und Florentiner Handschriften beabsichtigte Heimbach iun. Sein früher Tod verhinderte ihn an der Ausführung. Die Collation beider Handschriften und sonstiges Material zu einer neuen Ausgabe befindet sich in seinem Nachlasse. Auch Zachariä hat eine Novellenausgabe beabsichtigt; er ist mit allen dazu erforderlichen Eigenschaften begabt und mit dem nöthigen Material versehen; zu wünschen ist baldige Ausführung seines

---

299) Vgl. darüber besonders Biener, Gesch. der Nov. S. 317—431. Thibaut, Versuche S. 260 flg. Nachlaß S. 424 flg.

300) Sie erschien zu Rom 1476.

301) Die Ausgabe erschien zu Nürnberg 1531.

302) Seine Ausgabe erschien zu Genf 1558.

303) Das Nähere s. bei Biener a. a. O. S. 371.

Planes. 2) Gesammtausgaben des Corpus iuris civilis. Unter ihnen unterscheidet man glossirte, welche mit der accursischen Glosse versehen sind, und unglossirte, welche diese Glosse nicht haben. In den ersten Zeiten nach Erfindung der Buchdruckerkunst waren alle Ausgaben glossirt; dieselben waren unmittelbar aus Handschriften abgedruckt und sind daher für die Texteskritik sehr wichtig. Diese Ausgaben haben auch die von den Glossatoren beliebte Eintheilung des Corpus iuris in 5 Bände beibehalten[304]). Mit 1627 hören die glossirten Ausgaben auf. Die unglossirten enthalten entweder blos den Text oder außer demselben noch Noten. Von Ausgaben, welche den bloßen Text geben, sind zu erwähnen einzelne von Dion. Gothofredus[305]) und die Nachdrücke derselben von Elzevir[306]). Incorrect sind die Ausgaben von Freyesleben[307]). Unter den Ausgaben mit Noten, kritischen und exegetischen Inhaltes[308]), sind die weitverbreitetsten und großen Theiles noch gangbaren von Dion. Gothofredus[309]). Vorwiegend sind die Noten kritischen Inhaltes in der Ausgabe von Gebauer und Spangenberg[310]). Für die Digesten sind dabei die Papiere von Brenkmann benutzt, welche eine Vergleichung der Florentiner Handschrift enthalten. Lediglich kritische Noten enthalten die Ausgaben von Beck[311]) und der Gebrüder Kriegel[312]). Die letztere ist unter den neuesten Handausgaben die beste und namentlich sind die Leistungen von Herrmann für den Codex sehr anerkennenswerth.

---

304) Unter ihnen verdienen besondere Erwähnung die neun Ausgaben bei Baptista de Tortis in den J. 1482—1507 zu Venedig; die fünf Ausgaben bei Fradin in den J. 1510—1536 zu Lyon; die zwölf Ausgaben bei Hugo a Porta aus den J. 1538—1575 zu Lyon; die Ausgaben von Contius zu Paris 1565, 1566, 1569, 1576; die Ausgaben von Dion. Gothofredus Lyon 1589, 1604, 1612. Die letzte glossirte Ausgabe (ein gothofredischer Nachdruck) ist von Fehi, Lyon 1627.

305) Diejenigen, welche zu Lyon 1589 u. 1606 und zu Genf 1598 u. 1625 erschienen sind.

306) Sie kamen heraus zu Amsterdam 1664 (mit dem Druckfehler: Pars secundus) 1681, 1687, 1700.

307) Unter dem Titel: Corpus iuris civil. academicum in den J. 1721—1789.

308) Vor Dion. Gothofredus sind davon zu nennen die von Russard, Lyon 1560, 1561, 2 Bde.; von Contius, Paris 1560—1562 und Lyon 1571; von Charondas, Antwerpen 1575; von Pacius, Genf 1580.

309) Unter den verschiedenen gothofredischen Ausgaben mit Noten, wovon vier noch bei Lebzeiten des Herausgebers erschienen sind, ist die beste von allen die von Jac. Gothofredus aus den Papieren seines Vaters besorgte, Genf 1624, 2 Bde. Sie liegt mehreren Nachdrücken und Ausgaben zum Grunde, namentlich der von Simon von Leeuwen, Amsterdam 1663.

310) Sie erschien zu Göttingen 1776—1797, 2 Bde. Vgl. darüber Thibaut, Nachlaß S. 434 flg.

311) Sie erschien zu Leipzig 1825—1836, 4 Bde. 4. und stereotypirt ebd. 1829—1837 in kl. Fol.

312) Sie erschien zu Leipzig 1833—1837, 3 Bde. Der Codex ist von Herrmann, die Novellen sind von Osenbrüggen herausgegeben.

Die Fortsetzung der großen von Schrader[313]) angekündigten Ausgabe des ganzen Corpus iuris, deren bis jetzt allein erschienener Theil, die Ausgabe der Institutionen[314]), selbst die höchsten Ansprüche befriedigt, läßt leider zu lange auf sich warten, als daß ihre Vollendung durch jenen hochverdienten Gelehrten zu erwarten wäre. Auch an Uebersetzungen des Corpus iuris fehlt es nicht[315]). Heimbach sen.

Quellen des teutschen Rechtes. Der Begriff der teutschen Rechtsquellen kann enger oder weiter bestimmt werden:

1) Kann man darunter verstehen blos diejenigen Quellen, welche innerhalb der heutigen teutschen Bundesstaaten ihren Ursprung genommen haben — die einheimischen Quellen — oder auch die fremden sog. recipirten Rechte, namentlich römisches und kanonisches Recht. Thatsache ist es, daß das römische Recht mit seinen Modificationen im kanonischen Rechte mehr oder weniger Einfluß auf das materielle Recht in allen teutschen Staaten erlangt, ja unsere Rechtsquellen seit drei Jahrhunderten gewissermaßen beherrscht hat. Dennoch ist der Inhalt des corpus iuris civilis und des corpus iuris canonici, soweit dieses das bürgerliche Recht betrifft, großentheils niemals geltendes Recht in Teutschland geworden; es hat sich vielmehr aus römischen und germanischen Elementen ein drittes Recht hervorgebildet, welches weder mit dem römischen Rechte früherer oder späterer Zeit noch mit dem teutschen Rechte des Mittelalters identisch ist. Dieses gemeine teutsche Recht der Gegenwart wird von den Theoretikern noch immer mit Rücksicht auf seine Quellen getrennt, indem das römische Civilrecht und andererseits das sog. teutsche Privatrecht je für sich dargestellt werden. Wir haben hier weder die Streitfrage von der gesetzlichen Giltigkeit des römischen Rechtes, noch den wissenschaftlichen Charakter und die Methode des teutschen Rechtes zu besprechen[1]), sondern diejenigen Rechtsentstehungs- und Rechtserkenntnißquellen zu bezeichnen, woraus das teutsche Recht als solches, als unser Recht erweisbar ist. Wenn auch Einzelnes, ja sehr Vieles, in diesen aus dem fremden Rechte aufgenommen worden,

---

313) Im Prodromus Corp. iur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi, Berol. 1823.

314) Sie erschien zu Berlin 1832.

315) Es giebt eine teutsche, herausgegeben von Otto, Schilling und Sintenis, Leipzig 1830—1833, 7 Bde., an der das Bestreben zu tadeln ist, die lateinischen Kunstausdrücke auch zu übersetzen, was in einer Art geschehen ist, daß die Uebersetzung unverständlicher ist, als der lateinische Kunstausdruck, den ohnehin jeder Jurist kennen muß und kennt. Eine französische Uebersetzung erschien zu Paris oder Metz 1808—1811, 17 Bde. 4. und 71 Bde. 12.

1) Ich habe diese Fragen ausführlicher erörtert in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. I, S. 11 flg. Bd. IX, S. 333 flg. Bd. X, S. 153. C. G. Wächter, gemeines Recht Teutschlands, insbes. gemeines teutsches Strafrecht, Leipzig 1844, J. Weiske, pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. Rechtes, 3. H., S. 1 flg. Ueber den gegenwärtigen Zustand der Quellenlehre s. Unger, in der angef. Zeitschr. Bd. XII, Nr. 1.

so hat doch das letztere für uns nur Geltung erlangt, sofern und soweit es in das unserige übergegangen, also teutsches Recht geworden ist. Daher sind die fremden Rechtssammlungen, woraus sie entnommen worden, nicht unmittelbar zu den Quellen des teutschen Rechtes zu zählen, sondern sie sind nur — allerdings unentbehrliche — Hilfsmittel der teutschen Rechtswissenschaft, indem wir ihrer bedürfen, um Rechtsbestimmungen und Rechtsinstitute, welche durch das Medium der einheimischen Gesetzgebung oder Gewohnheit die unserigen geworden sind, daraus zu erklären. Die Erforderniſſe einer formellen Rechtsquelle oder die Formen, wodurch eine Rechtsbestimmung ihr äußeres, verbindendes Dasein erhält, sind aus den Staatsrechten zu entnehmen: in dieser Beziehung ist das fremde Recht nicht aufgenommen; die Aussprüche des römischen und kanonischen Rechtes haben also hierin keine Anwendbarkeit[1b]).

2) Kann man unter teutschem Rechte und teutschen Rechtsquellen entweder blos verstehen, die dem teutscheu Volke gemeinsamen Rechtserzeugnisse — das gemeine teutsche Recht — oder auch die besonderen Rechtsquellen der einzelnen teutschen Staaten — das partikulare Recht. Die letzten an und für sich gehören nicht hierher, sondern sind bei den einzelnen Staaten zu erörtern; nur sofern sie mittelbar Zeugniß geben von einem gemeinen Gewohnheitsrechte oder von einer den betreffenden Rechtsverhältnissen gemeinsamen Natur der Sache, sind sie allerdings zu den Erkenntnißquellen des teutschen Rechtes zu zählen. Ebenso muß auf einzelne Erscheinungen der Partikulargesetzgebung hingewiesen werden, in welchen sich eine neue Richtung der teutschen Rechtsentwickelung ausspricht, z. B. preußisches Landrecht, östreichisches Gesetzbuch.

3) Lassen sich unter teutschen Rechtsquellen entweder blos begreifen diejenigen, welche jetzt noch im Gebrauche sind oder auch die älteren und ältesten Quellen. Hierauf beruht die Unterscheidung zwischen einem älteren, mittleren und neueren teutschen Rechte. Diese Unterscheidung läßt sich wohl anwenden auf die äußere Rechtsgeschichte, namentlich die Geschichte der Rechtsquellen, nicht aber auf die innere Rechtsgeschichte oder das Recht selbst, indem die Rechtsentwickelung mit keinem Zeitraume gänzlich abschließt, sondern verschieden ist bei den einzelnen Instituten. Auch bei Darstellung der Quellen lassen sich die älteren von den neueren wohl absondern, aber nicht ganz ausscheiden. Keinem Zweifel unterliegt es nämlich, daß das Recht eines Volkes vollständig nur erkennbar ist aus allen jenen Rechtsdenkmälern, welche seiner Geschichte angehören, und wenn auch manches im Laufe der Zeit veraltet ist, so greift doch das ältere Recht so häufig

---

1b) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. I, §. 23. Anderer Ansicht ist C. G. Wächter, im Archiv für civ. Praxis Bd. XXIII, S. 434.

in das neuere über, daß die Wissenschaft — wenn auch die Praxis weniger davon Gebrauch macht — auf keine Quelle und kein Hilfsmittel zur Erklärung und Ergänzung des bestehenden Rechtes verzichten kann. Indessen wäre es hier nicht am Orte, bei den einzelnen Quellen des Alterthums, des Mittelalters oder der Neuzeit — länger zu verweilen; sie können alle nur in Kürze zusammengefaßt werden, wobei dem Leser überlassen bleibt, sich mit dem Einzelnen unter Benutzung der angeführten Literatur näher bekannt zu machen [2]).

I. Quellen des ältesten teutschen Rechtes bis zur Auflösung der fränkischen Monarchie, 888.

Die Rechte der germanischen Stämme bis zum Schlusse der Völkerwanderung waren aller Wahrscheinlichkeit nach nicht aufgezeichnet. Doch sind wir nicht blos auf die Sage angewiesen, sondern wir haben geschichtliche Zeugnisse von gleichzeitigen Schriftstellern, namentlich von Cäsar (de bello gallico) und Tacitus (de situ, moribus et populis Germaniae) [3]). Die teutsche Einheit lebte damals fast nur in dem Gesange — in Liedern, worin die mythische Abkunft des Volkes von einem erdgeborenen Gotte und dessen Sohn, Mann, und die Tapferkeit der Vorfahren verherrlicht wurden [4]). Das Volk war gesondert nach Stämmen und kleineren Völkerschaften und liebte diese Absonderung [5]). Nur die höchste Gefahr vereinigte sie unter Einem Anführer. Doch weist schon Tacitus nicht blos auf das Besondere, sondern auch auf das Gemeinsame in den Gebräuchen der alten Germanen hin, und das Lob, welches er unseren Vorfahren spendet (cap. 19): daß gute Sitten bei ihnen mehr gelten als anderwärts gute Gesetze, ist zugleich bezeichnend für den Charakter des damaligen Rechtes, welches hauptsächlich Gewohnheitsrecht war. In der That bedurfte es für ein Recht, das aus der öffentlichen Sitte hervorging, keiner ausdrücklichen Ueber-

---

2) Eine Zusammenstellung der teutschen Rechtsquellen findet sich mehr oder weniger vollständig in allen Hand- und Lehrbüchern des teutschen Privatrechtes, Staatsrechtes, Processes, Kirchenrechtes, am ausführlichsten bei K. Türk, hist. dogmat. Vorlesungen über das teutsche Privatrecht, Rostock und Schwerin 1832 (handeln fast nur von Quellen und Literatur). Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das teutsche Privatrecht, mit beigefügten Quellen, 3. Ausgabe, Göttingen 1845. (Die Quellenbelege sind bei den einzelnen Materien wörtlich abgedruckt.) Vgl. die Werke über teutsche Staats- und Rechtsgeschichte von K. F. Eichhorn, 5. Ausgabe, 4 Th., Göttingen 1843—1844. H. Zöpfl, 2. Aufl., 2. Bd., Stuttgart 1844—1846 (2. Bd. 1. Abth. handelt durchaus von den Rechtsquellen). Die besseren Ausgaben der einzelnen Quellen werden an den betreffenden Orten angegeben werden.

3) Vgl. Waitz, teutsche Verfassungsgeschichte 1. Bd., Kiel 1847.

4) Tac. Germ. c. 2. Ann. II. 88. Daß darin auch beträchtliche Spuren von dem Rechte zu finden sein möchten, wie Türk a. a. O. S. 28 annimmt, ist sehr zu bezweifeln. Zeitschrift für teutsches Recht Bd. V, S. 189.

5) Caesar, de B. G. lib. 6.

lieferung durch Rede oder Schrift, eben weil es nichts Willkürliches, nichts Ersonnenes war, sondern in der Natur des Volkes und seiner Verhältnisse begründet lag, weil es daher, wie die Muttersprache, nicht eigentlich erlernt, sondern als etwas Nothwendiges, sich von selbst Verstehendes aufgenommen und nachgeahmt wurde. Einzelne auf Volksschlüssen beruhende Satzungen und die Formen des Verfahrens müssen freilich von den Richtern und Volksältesten eigens im Gedächtnisse bewahrt und gelegentlich, namentlich bei wiederkehrenden Volksversammlungen (wie wir dies noch später finden) öffentlich in Erinnerung gebracht werden.

Geschriebene Volksrechte[6]) kennen wir erst aus der Zeit vom 5. bis 9. Jahrhundert. Sie heißen leges; doch verstand man unter lex nicht blos das geschriebene Recht, sondern auch das gesammte lebendige Recht eines Volksstammes[7]). Auf teutschen Boden kommen hiervon die Gesetze der salischen und der rheinischen oder Uferfranken (lex Salica, lex Ripuariorum), ferner das alemannische, bayrische, friesische, sächsische Gesetz und die lex Angliorum et Werinorum h. e. Thuringorum[8]).

Außerhalb des heutigen Teutschlands, wiewohl gleichfalls für germanische Stämme, entstanden die Gesetze der West- oder Ostgothen, Burgunder, Lombarden. Gleich diesen werden zu den germanischen Rechten im weiteren Sinne gezählt, die vom Ende des 6. bis Ende des 8. Jahrhundertes aufgezeichneten Rechte der nach England ausgewanderten Angeln und Sachsen, welche auch darum besonderen Werth haben, weil sie nicht wie die anderen leges in lateinischer, sondern in der einheimischen, angelsächsischen, Sprache verfaßt sind[9]). Alle diese Rechtssammlungen enthalten kein vollständiges Rechtssystem, sondern nur einzelne Bestimmungen über solche Rechtsverhältnisse, welche damals von hauptsächlicher Bedeutung waren. Insbesondre finden sich darin sehr genaue Bestimmungen über das Wehrgeld (compositio) oder Sühngeld für Verletzungen eines Edlen, Freien oder Knechtes, desgleichen einzelne Vorschriften über öffentliche Straffälle, über das

6) Sammlungen von Lindenbrog, Georgisch, Canciani, Walter (corpus iur. Germ. antiqui, Berol. 1827 vol. 1). Eine systematische Zusammenstellung bezweckt Dav. Oughlou, histoire de la legislation des anciens Germains, Berl. 1845. 2. vol. Vgl. W. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs 1. Bd. (Frankfurt a. M. 1845) S. 109 flg.

7) v. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. I (2. Ausg.) S. 131.

8) Die Ausgaben der einzelnen leges s. bei Kraut a. a. O. §. 7. Vgl. Waitz, das alte Recht der salischen Franken, Kiel 1846. Eine Skizze des alemannischen Rechtes (nicht eine Ausgabe, wie sie mehrfach citirt wird) habe ich versucht bei Bauer, Schwaben wie es war und ist (Karlsruhe 1842) S. 381 flg. Kritische Ausgabe der lex Alamannorum von J. Merkel, in der Mon. Germ. hist., Legum Tom. III. Fasc. I. Hann. 1851.

9) Wilkens, leges Anglosax., Lond. 1721. R. Schmid, die Gesetze der Angelsachsen 1. Th., Leipzig 1832.

gerichtliche Verfahren, Erbfolge, eheliche Verhältnisse. — Die meisten Volksrechte wurden unter den fränkischen Königen aufgezeichnet, und es galt der Grundsatz: lex consensu populi fit et constitutione regis[10]) — die Autorität des Königs genügte nicht, sondern es wurden auch die redigirten Volksrechte den sämmtlichen Freien in offener Volksversammlung zur Anerkennung vorgelegt[11]). Durch die Zustimmung der Großen des Reiches auf dem fränkischen Reichstage ward diese Anerkennung nicht ersetzt.

Eigenthümlich ist der germanischen und fränkischen Zeit der Grundsatz der Persönlichkeit oder Nationalität der Rechte, indem der Angehörige jedes Volksstammes, z. B. der Franke, Alemanne überall im ganzen fränkischen Reiche nach dem Rechte seines Stammes beurtheilt wurde. Insbesondre galt dieser Grundsatz im Verhältnisse der Germanen und Römer zu einander, indem jene nach ihrem Stammesrechte, diese nach römischem Rechte (lex Romana) lebten[12]). Wie das römische Civilrecht mit der römischen Civität ursprünglich zusammenhing und daher Fremde von sich ausschloß, so wurde es auch als ein Vorzug der verschiedenen germanischen Stämme angesehen, nur nach ihrem nationalen Rechte, besonders in Hinsicht auf Buße und Wehrgeld, geschätzt und gerichtet zu werden. Wenn schon den überwundenen Römern ihr Recht gelassen wurde, so verstand es sich doch von selbst, daß die siegreichen Germanen sich demselben nicht unterwarfen. Auch eine Coexistenz germanischen[13]) und römischen Rechtes, wie sie später in Frankreich und Italien[14]) sich ausbildete und lange Zeit sich erhielt, ist auf teutschem Boden nicht zu suchen, da hier die früheren römischen Ansiedelungen von den eindringenden Germanen zerstört wurden und die wenigen sitzen gebliebenen romani sich bald der vorherrschenden germanischen Bevölkerung anschlossen[15]). Um so bestimmter trat in Teutschland der Unterschied zwischen den verschiedenen einheimischen Nationalrechten hervor. Noch in dem Sachsenspiegel[16]) des 13. ja noch in den Urkunden

---

10) Caroli II. Ed. a. 864. c. 6. (Pertz legum Tom. I. p. 490.)

11) Dies geht z. B. aus dem alemannischen Rechte hervor, worin, trotzdem daß dasselbe einem allgemeinen Reichstage vorgelegt wurde, gleichwohl an mehreren Stellen der Consens des alemannischen Volkes hervorgehoben wird. Lex. Alamann. Tit. XXXVII. c. 4. Tit. XLI. i. f.

12) Am deutlichsten ist der Grundsatz ausgesprochen Lex Rip. tit. XXXI. c. 3. Vgl. Pippini, R. Capit. Aquit. a. 768. c. 10. (Pertz, Legg. Tom. II. p. 13.) Montesquieu, de l'esprit des lois, liv. 28. ch. 2. Savigny a. a. O. S. 115. Gaupp, die germanischen Ansiedelungen S. 218 flg. Waitz, teutsche Verfassungsgesch. II, S. 78.

13) Pardessus, mémoire sur l'origine du droit coutumier en France, Paris 1834. Gegen dessen Ansicht, daß schon unter den Karolingern das Princip der Persönlichkeit dem der Territorialität gewichen sei: Heidelb. Jahrb. der Liter. 1835, 3. H., S. 242 und nun auch Schäffner a. a. O. S. 208.

14) J. Merkel, die Geschichte des Longobardenrechtes, Berlin 1850.

15) Gaupp a. a. O. S. 252.

16) Gaupp a. a. O. S. 254.

des 15. Jahrhundertes[17]) begründet die Nationalität verschiedene Rechte; nur jetzt gekleidet in die Form der Landesangehörigkeit oder Heimath, welche auch heute noch über die persönlichen Zustandesrechte, z. B. den Termin der Volljährigkeit im Auslande entscheidet.

Während in den Volksgesetzen die einzelnen größeren Völkerschaften ein geschriebenes Recht erlangten, das im Laufe der Zeit durch Revisionen und Zusätze weiter gebildet wurde, eröffnete sich in den Capitularien der fränkischen Könige ein gemeines Recht (ius commune) für den ganzen Umfang der fränkischen Monarchie. Schon die ersten fränkischen Könige erließen mit Rath des Adels und der Geistlichkeit einzelne allgemeine Verordnungen, constitutiones, praeceptiones, decretiones, edicta genannt. Später, namentlich seit Karl Martell, wurden solche Verordnungen häufiger und in größerem Umfange erlassen. Von nun an hießen sie in der Regel capitula oder capitularia, vermuthlich weil sie in einzelne Kapitel abgetheilt waren. Doch kommen auch noch andere Benennungen vor, wie constitutio, praeceptum. Sie sind alle in lateinischer Sprache abgefaßt und wurden, nachdem sie von der Reichsversammlung genehmigt waren, durch den Reichskanzler den anwesenden Reichsbeamten in Abschriften zugestellt[18]). Sollte an dem Rechte eines einzelnen Volkes etwas geändert oder demselben etwas zugesetzt werden (capit. addita), so war die besondere Zustimmung dieses Volkes nöthig[19]). Indessen konnte ein Conflict zwischen Reichs- und Volksgesetzen nicht wohl vorkommen, weil beide königlicher Genehmigung bedurften und die Reichsgesetze überdies meist nur Reichsangelegenheiten oder solche Verhältnisse betrafen, welche in den Volksgesetzen nicht vorgesehen waren, wie z. B. den Heerbann, das Beneficialwesen, die kirchlichen Verhältnisse. — Die Capitularien Karl des Großen und Ludwig's des Frommen wurden im Jahre 827 von dem Abt Ansegisus gesammelt[20]) und diese Privatsammlung erhielt sofort öffentliches Ansehen[21]). Eine Fortsetzung derselben bezweckte der Diacon Benedict zu Mainz im Jahre 845. Dieser sind jedoch Concilienschlüsse, Decretalen der Päbste, Stellen aus der heiligen Schrift, den Kirchenvätern, Volks-

---

17) Nach einem Landgerichtsbriefe von 1455 soll der Nürnberger Landrichter stehen, wenn er einen Franken in Aberacht thun will, auf fränkisches Erdreich, ist er ein Schwabe, auf schwäbisches, ein Bayer oder Sachse, auf bayrische oder sächsische Erde. Grimm, teutsche Rechtsalterthümer S. 399.

18) Grupen in Schott, teutsche Land- und Stadtrechte Th. II, S. 229. Türk a. a. O. S. 122.

19) Capit. a. 803. c. 19. (Pertz, Legg. I. p. 115.) Capit. a. 820. c. 5. (eod. l. p. 229) — iam non ulterius capitula, sed tantum lex dicantur, immo pro lege teneantur.

20) Pertz, Monum. III. (Legg. I.) p. 256. sq.

21) Caroli II. Capit. a. 853. c. 6 11 (Pertz I. p. 425.) a. 861. c. 4. (p. 489.)

rechten und aus römischen Quellen beigemischt[22]). — Zu beiden Sammlungen lieferten spätere Sammler noch vier Zusätze, außer welchen uns aber noch viele einzelne Capitularien erhalten sind. In der großen Denkmälersammlung von Pertz sind die Capitularien in ihrer ursprünglichen Gestalt, soweit sie zugänglich waren, wieder hergestellt[23]).

Auch nachdem die Volksgesetze und Capitularien den Rechtszustand thunlichst geordnet hatten, blieb immer noch für einen großen Theil des Rechtes, namentlich des Privatrechtes, das Herkommen die wichtigste Quelle. Einzelne Nachrichten finden sich bei den Geschichtsschreibern seit dem 6. Jahrhunderte[24]).

Eine belangreichere Quelle aber bilden die Formelbücher oder Sammlungen von Formularien für Besorgung gerichtlicher und außergerichtlicher Geschäfte, welche jedoch, da sie meist aus Frankreich stammen, wo das römische Recht theilweise in Uebung blieb, wie die berühmte Sammlung des Mönches Markulf v. J. 660[25]), nur mit Vorsicht zu gebrauchen sind.

II. Von 888 bis zur Errichtung des Reichskammergerichtes im J. 1495.

Mit Auflösung des fränkischen Reiches wurde das alte Recht, soweit es nicht sein Object verloren hatte, keineswegs vernichtet. Bis zum 11. Jahrhundert finden sich Spuren der Anwendung der Volksrechte und Capitularien[26]), und noch in den Rechtsbüchern des 13. Jahrhundertes, dem Sachsen- und Schwabenspiegel, läßt sich der Zusammenhang mit den Quellen der karolingischen Periode nachweisen[27]).

Einen zerstörenden Einfluß übte die Auflösung der alten Volksgemeinden und Gauen, und deren Uebergang in geschlossene Territorien. Die Rechtsbildung wurde nun mehr und mehr partikularistisch. Sie zog sich zurück in die einzelnen Stände und Gemeinheiten und ruhte hier theils auf der Verleihung des Herrn (Privilegium), theils auf der Willkür (Autonomie) der Betheiligten. Diese zweifache Form lag namentlich zu Grunde dem im Verhältnisse zwischen den Herrschaften und ihren Hintersassen und Dienstleuten sich bildenden Hof- und Dienstrecht[28]), ebenso dem Stadtrechte (Weichbildrechte), welches ursprünglich auch nur von den Stadtherren verliehenes Recht war, weiterhin aber die Beschlüsse der Stadtgemeinde (das gekürte

---

22) Pertz, Legg. Tom. II. pars altera p. 17. sq. Knust, de Benedicti Levitae collectione Capit. Francof. 1836.

23) Pertz, Monum. Legg. Tom. I. II. p. 1—16.

24) Pertz, Monum. Tom. I. II. Han. 1826. 1829.

25) Siehe darüber und die anderen Formelsammlungen, worunter auch Alsaticae und Alamanicae. Eichhorn, R. u. RG. Bd. I, §. 156.

26) Mittermaier, Grundsätze I, §. 7, N. 2.

27) S. Synopsis, in Laßberg's Schwabenspiegel S. 227 flg.

28) Von Fürth, die Ministerialen, Köln 1836.

Recht) und die Rechtsweisungen der Schöffen (das Schöffenrecht) in sich aufnahm[29]).

Das Recht wurde gefunden (gewiesen) theils von den Gerichtsschöffen, theils auch, wenn diese sich eines Urtheiles nicht getrauten oder das Urtheil verworfen (gescholten) wurde, von den Umstehenden oder einem auswärtigen angesehenen Gerichte, bei welchem man in Anstandsfällen das Recht zu holen pflegte. Die Urtheile wurden als Präjudikate für künftige Fälle zuweilen in das Stadtbuch oder ein besonderes Schöffenbuch eingetragen: so entstanden die Schöffenrechte, welche bei einzelnen Schöffenstühlen besonders in Ansehen standen und von ihnen auf Ersuchen auch anderen Städten mitgetheilt wurden[30]). — Auch umfassende Weisungen über bestehende Rechte durch den Mund des Landvolkes kommen vor, welche sich nach J. Grimm zu den Stadtrechten verhalten, wie „kräftige frische Volkslieder zu dem zünftigen Meistergesange"[31]). Dahin gehören auch die in der Schweiz vorkommenden Oeffnungen, so genannt, weil sie bei Eröffnung des ungebotenen Gerichtes verlesen und erneuert wurden[32]); die Hof- und Bauernsprachen in Westphalen[33]), die Pantaidingsbücher in Oestreich[34]), die Erneuerungen und Lagerbücher in Schwaben[35]), welche letztere jedoch später in bloße Aufzählungen gutsherrlicher Rechte übergingen. Eigenthümlich ist diesen schlichten Rechtsaufzeichnungen nächst dem Festhalten des Gewohnheitsrechtes, das ja nur im Andenken erhalten werden sollte, das Gepräge lebendiger Anschauung und unmittelbaren Verständnisses eines Rechtes, das aus den Verhältnissen des Volkes hervorgewachsen war, nicht selten auch der Gebrauch einer sinnigen oft symbolischen Sprache, welche gegen die breite, gelehrte Gesetzessprache des 17. und 18. Jahrhundertes vortheilhaft absticht. — Verschieden von den alten Weisthümern sind die förmlichen Statuten (Dorfordnungen, Dorfrechte), welche einzelne Dorfgemeinden nach dem Muster städtischer

29) Teutsche Stadtrechte des Mittelalters von Gaupp 1. Bd., Breslau 1851. Von Gengler, Erlangen 1852 2 Bde. Weitere Literatur bei Kraut, Grundriß §. 20.

30) Literatur bei Mittermaier §. 7 beizufügen: das Brünner Schöffenbuch, herausg. von Rößler, Prag 1852. Vgl. J. Weiske, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. XIV, S. 113.

31) Vorzüglich wichtig durch Benutzung solcher Weisthümer ist das ausgezeichnete Werk von J. Grimm, teutsche Rechtsalterthümer, Göttingen 1828. S. nun auch dessen Weisthümersammlung 3 Th., Göttingen 1841—1842.

32) Bei Grimm a. a. O. und Schauberg, Zeitschr. für schweizerische Rechtsquellen, Zürich 1844 flg.

33) Kindlinger, Münsterische Beiträge Th. III, S. 138. Vgl. das löbliche Bauerrecht der sieben freien Hagen in Wendthagen v. 1731 in Spangenberg's Beiträgen zu den teutschen Rechten S. 199.

34) Bei Kaltenbaeck, die östreich. Rechtsbücher des Mittelalters 1. Bd., Wien 1846 u. f. f.

35) Reyscher, Sammlung würtemb. Statutarrechte 1. Bd., Tübingen 1834.

Rechts- und Polizeiordnungen von den Landes- und Vogteiherren verliehen wurden [36]).

Eine eigenthümliche Entwickelung nahm das Lehenrecht (ius feudi), welches nach anerkannter Erblichkeit der Beneficien oder Soldgüter durch die in den Lehenhöfen anerkannten Gewohnheiten zu einer festen Gestalt und vermöge des Grundsatzes, daß die Urtheile an den Kaiser, als obersten Lehensherrn und Richter in Lehenssachen, gezogen werden können, zu einer gemeinrechtlichen Grundlage gelangte [37]). Den Gegensatz davon bildete das Landrecht (ius terrae) oder das gemeine Recht, welches auf die Verhältnisse nicht exemter Natur zur Anwendung kam. Das Landrecht vertrat jetzt die Stelle des Volksrechtes, welches mit dem allmäligen Aufhören der Volksgewalt und mit Entstehung der Territorien seine Bedeutung verlor. Dasselbe heißt auch Kaiserrecht, weil die Landgerichte ursprünglich im Namen des Königs gehegt wurden. Eine Weiterbildung des Landrechtes nach Art der alten Volksrechte fand jetzt nur noch in den friesischen Seelanden [38]) und bei den schweizerischen Landgemeinden statt, wo sich noch bis späterhin das Bild einer Volksgemeinde erhielt, während in dem übrigen Teutschland zufolge der immer weiteren Ausdehnung der Befreiungen (Immunitäten sog. Muntaten) der Volksverband sich allmälig auflöste und der Landeshoheit und Gutsherrlichkeit Platz machte. In die Zeit der ersten Entwickelung der letzten fällt die Aufzeichnung des Land- und Lehenrechtes in den Rechtsbüchern des 13. Jahrhundertes — dem Sachsen- [39]) und Schwabenspiegel [40]). Von den Volksrechten der vorigen Periode unterscheiden sich diese Rechtsbücher theils der Form nach, indem ihre Abfassung nicht von der gesetzgebenden Gewalt, sondern von Einzelnen ausging (als Verf. des Sachsensp. wird in einer Vorr. Eike von Repgov genannt; der des Schwabensp. ist unbekannt) und nicht in lateinischer, sondern in teutscher Sprache geschah, theils dem Inhalte nach, indem sich dieselben sehr ausführlich und vorzugsweise mit dem Privatrechte nach seiner jetzigen Gattung beschäftigen; doch ist auch Vieles aus dem öffentlichen Rechte, namentlich dem Strafrechte und Processe beigemischt. Ueber das Verhältniß beider Rechtsbücher zu einander, sowie über das Alter derselben ist Streit [41]). Gewiß ist aber

---

36) Deneken's, Dorf- und Landrecht Th. I, Cap. 18, §. 100.

37) Eichhorn, Einl. in das Privatrecht §. 7.

38) Die friesischen Rechtsquellen gesammelt von Freih. v. Richthofen, Berlin 1840.

39) Ausgaben nach der Leipziger HS. aus dem 14. Jahrhundert von Gärtner, Leipzig 1732. J. Weiske, Leipzig 1853 (2. Ausg.). Nach der Berliner HS. von 1369. Homeyer, Berlin 1835 (2. Ausg.)

40) Ausgaben von Lahr bei Senkenberg, corp. iur. germ. Tom. II. v. Laßberg (nach einer HS. v. 1287). Wakernagel, Zürich 1840. Eine Zusammenstellung des Inhaltes beider Rechtsbücher giebt J. Weiske, Grundsätze des Privatrechtes nach dem Sachsenspiegel u. s. w., Leipzig 1826.

41) Gegen das neuerdings wieder von Daniels, de saxonici speculi

so viel, daß wir in dem sog. Schwabenspiegel — in den Handschriften kommt dieser Name nicht vor, sondern erst in einzelnen Ausgaben — kein principiell schwäbisches Rechtsbuch zu erblicken haben; vielmehr beabsichtigte der Verfasser ein gemeines Recht darzustellen, ein Landrechtbuch, das über allen Landrechten stehe[42]). Der Sachsenspiegel trägt diese Richtung weniger zur Schau, wird auch schon in der Vorrede aus dem 13. Jahrh. Spiegel der Sachsen genannt. Dafür hatte er den Vorzug größerer Bestimmtheit und Unmittelbarkeit, welcher auch durch fortwährende Geltung desselben, als eines landesüblichen Rechtes, noch in der folgenden Periode nicht blos in dem Königreiche Sachsen und in den sächsischen Herzogthümern, sondern auch in Schlesien, Anhalt, Holstein anerkannt wurde[43]); während der Schwabenspiegel, obschon er im südlichen Teutschland, in der Schweiz, am Unterrhein, zum Theil auch im Norden verbreitet war, doch im Laufe des 16. Jahrh. aus der Praxis verschwand.

Mehrere Rechtsbücher des 14. Jahrhundertes, namentlich der Richtsteig Land- und Lehenrechtes (betr. das gerichtliche Verfahren)[44]), das sächsische Weichbild[45]) (eine Verbindung des Landrechtes mit dem Magdeburger Stadtrechte), das Rechtsbuch nach Distinctionen[46]) (sog. vermehrter Sachsenspiegel) schließen sich dem Sachsenspiegel an, welcher auch nach dem Beispiele der römischen Rechtsbücher durch eine Glosse[47]) bereichert wurde, die jedoch schon in ihrer ersten Anlage (um das Jahr 1330 von Buch) eine romanisirende Richtung verräth.

Auch der Schwabenspiegel ward bei Bearbeitung einzelner Stadt- und Landrechte zu Grunde gelegt[48]). Nicht minder erscheint er in Verbindung mit dem Sachsenspiegel[49]) oder (namentlich seit dem 15. Jahrh.) mit Zusätzen aus dem römischen und kanonischen Rechte[50]); was das Bestreben anzeigt, der verschiedenen Auffassung des gemeines Rechtes Genüge zu thun.

---

origine, Berol. 1852 behauptete höhere Alter des Schwabensp. s. Homeyer, Vorlesg. in der Akademie zu Berlin v. 5. Ausg. 1852. Ueber das Alter des Sachsensp. s. J. Weiske u. Sachße, in der Zeitschr. für t. Recht Bd. I, S. 54 u. Bd. XIV, S. 90.

42) Schwabensp. Landr. Art. 1b a. E. (Laßb.)

43) Eichhorn, Einleit. in die Privatr. §. 32. Haubold, sächsisches Privatr. von Hänsel (Leipzig 1847) §. 7.

44) Ausg. von Unger, Gött. 1847.

45) Ausg. von Daniels, Berlin 1853.

46) Herausg. von Ortloff, Jena 1836.

47) Der Gärtner'schen Ausgabe des Sachsenspiegels beigedruckt. Vgl. Eichhorn, St. u. RG. §. 281.

48) Das Rechtsbuch Ruprecht's v. Freisingen, herausgegeben von Maurer, Stuttg. u. Tüb. 1839.

49) Sachsensp. zusammengestellt mit dem schwäbischen, herausgegeben von Sachße, Heidelb. 1848. S. das Handschriftenverzeichniß in der Laßberg'schen Schwabensp. Ausg. Nr. 58, 60, 83.

50) S. dasselbe Verzeichniß Nr. 64, 74, 101.

Als Quelle des gesammten weltlichen Rechtes, wie aller Gerichtsbarkeit galt der Kaiser. Wie die fränkischen Könige, so erließen auch die teutschen Könige oder die römischen Kaiser teutscher Nation mit Rath und Zustimmung der Reichsstände mancherlei Verordnungen (constitutiones, edicta)[51]) zum Schutze des Rechtes und zur Erhaltung des gemeinen Friedens, was als die Aufgabe des kaiserlichen Amtes betrachtet wurde. Auch die wichtigeren reichsgerichtlichen Entscheidungen (sententiae) sollten gesammelt und in künftigen ähnlichen Fällen zur Richtschnur genommen werden[52]). Der Inbegriff der kaiserlichen Satzungen und Entscheidungen, wie überhaupt des ganzen vom Reiche abgeleiteten Rechtes, hieß das Kaiserrecht oder Reichsrecht.

Es ist schon oben bemerkt, daß der Schwabenspiegel, obgleich nur Privatarbeit, den Namen kaiserliches Recht erhielt. Wir haben aber auch ein besonderes Rechtsbuch mit dem Namen „Kaiserrecht", aus dem Anfange des 14. Jahrhundertes, zum Unterschiede von dem Schwabenspiegel „kleines Kaiserrecht" genannt[53]). Dasselbe umfaßt vier Bücher: 1) über das gerichtliche Verfahren, 2) allerlei Bestimmungen aus dem Privatrechte und Strafrechte, 3) das Dienstmannen- und Lehenrecht, 4) die Rechte der Reichsstädte und Bürger. Wie bei dem Schwabenspiegel leuchtet auch hier einige Bekanntschaft mit dem römischen und kanonischen Rechte durch; doch ist der unbekannte Verfasser selbstständig zu Werke gegangen und Manches, was unmittelbar den fremden Rechten entliehen schien, gründet sich auf einheimische Satzungen früherer oder späterer Zeit. Auch wird noch immer in einzelnen Handschriften Karl der Große als Stifter der teutschen Rechtsordnung und Gründer des gemeinen Rechtes hingestellt[54]). Unter dem Einflusse des gemeinen Unterrichtes auf den Universitäten, welcher sich nicht auf die teutschen Rechtsbücher, sondern blos auf das fremde geschriebene Recht erstreckte, wurde zwar in den Vorstellungen des 15. Jahrhundertes eine Umwandlung des gemeinen Rechtes allmälig vorbereitet. Verschiedene Darstellungen des bestehenden Rechtes auf der Grundlage des bisherigen Kaiserrechtes, Landrechtes und Weichbildrechtes[55]), desgleichen die große Zahl von Handschriften und Ausgaben des Sachsen- und Schwabenspiegels aus dem 15. und Anfange des

---

51) Bis 1313 gedruckt bei Pertz, legum Tom. II.

52) Friderici II. const. pacis a. 1235 c. 15. bei Pertz l. c. p. 317. 318.

53) Ausgabe von Endemann nach e. HS. von 1372, Kassel 1846.

54) Vorrede bei Endemann S. 1, N. 1. Vgl. Schwabensp. Landrecht Art. 1 b.

55) Handbuch von 1433 herausg. von Pölmann (1574). Eisenach'sches Rechtsbuch aus der 2. Hälfte des 15. Jahrh. herausg. von Ortloff, Slg. teutscher Rechtsquellen Bd. I, S. 625. Das letztere nur erst angefangene Rechtsbuch beruft sich zwar II, 27 auf die fremden Rechtsbücher als Quelle der teutschen Rechtsbücher; allein die meisten Rechtssätze sind aus den oben N. 46 cit. Distinctionen entnommen, andere aus dem Sachsen- und Schwabenspiegel und der Glosse zu jenem. Ortloff a. a. O. Vorr. S. 53.

16. Jahrhundertes [56]) zeigen jedoch, daß diese Umwandlung noch nicht oder doch nur erst in ihren Anfängen stattgefunden hat.

Auch die Landesgesetzgebung beschränkte sich bis zur Aufnahme des römischen Rechtes im wesentlichen auf Anerkennung und Sichtung des Bestehenden; nur da und dort wurde, aber immer mit Schonung des Hergebrachten, verbessernd nachgeholfen. Außer einigen Landrechten, welche den älteren Rechtssammlungen sich anschlossen, sind es nur allgemeine Landesordnungen, meist polizeilichen Inhaltes, und Gerichtsordnungen, welche in unserem Zeitraume aus der später so fruchtbaren Territoriallegislation erwachsen sind [56a]).

III. Von 1495 bis jetzt.

In der Reichskammergerichtsordnung von 1495 §. 3 werden Kammerrichter und Beisitzer auf das Reichs- und gemeine Recht hingewiesen. Da unter den gemeinen Rechten jetzt vielfach römisches und kanonisches Recht wenigstens mit verstanden wurden, so hat man in dieser Hinweisung eine förmliche Aufnahme und gesetzliche Anerkennung der fremden Rechte in complexu erblicken wollen [57]). Factisch jedenfalls kam diesen zu Statten die theilweise Besetzung jenes höchsten Reichsgerichtes und der ihm in den einzelnen Territorien nachgebildeten Appellationsgerichte mit gelehrten Mitgliedern, welche der einheimischen Rechte nicht kundig waren, endlich das Institut der Actenversendung an die Juristenfacultäten, deren Mitglieder theils Decretisten, theils Civilisten, d. h. theils Lehrer des kanonischen, theils des römischen Rechtes waren.

War auch damit nicht der Inhalt der fremden Rechte, namentlich sofern sie dem einheimischen Rechte widersprachen, zum Gesetze angenommen, so bewirkte doch die wissenschaftliche Auctorität derselben so viel, daß auf die teutschen Rechte, sofern sie in der Form von Gewohnheiten oder partikularen Satzungen existirten, jetzt nur noch Rücksicht genommen wurde, wenn sie von den Parteien vorgebracht und bewiesen wurden. Die Notorietät, welche in Hinsicht auf Rechtssätze von dem Richter unmittelbar zu beachten ist, kam dem einheimischen Rechte, das sonst von Genossen der Parteien gewiesen wurde, nicht mehr zu Statten. Auch die teutschen Rechtsbücher verschwanden allmälig aus der Praxis, und wurden durch die römischen Rechtsbücher, welche nach nunmehriger

---

56) Siehe die Handschriftenverzeichnisse von Homeyer und Laßberg. Was die Ausgaben betrifft, so steht freilich der Schwabenspiegel aus den oben angef. Gründen sehr zurück gegen den Sachsenspiegel, bei welchem das practische Bedürfniß seit Erfindung des Druckes bis Anfang des 17. Jahrh. über 40 Ausgaben hervorrief, während der Schwabenspiegel in derselben Zeit nur 8 erfuhr, wovon 6 bis 1507.

56a) Vgl. Kraut, Grundriß §. 19.

57) Vgl. auch Reichshofrathsordn. Tit. I, §. 15. S. jedoch Zeitschrift für teutsches Recht Bd. IX, S. 397 u. den Art. Quellen des röm. Rechtes.

Vorstellung das wahre Kaiserrecht enthielten, sowie durch die kanonischen Rechtsbücher, welche bei den geistlichen Gerichten immer in Gebrauch waren, ersetzt. Die Formelbücher seit dem Ende des 15.[58]) und die Rechtsspiegel des 16. Jahrhundertes[59]), sowie andere Versuche, das gemeine Recht nach der nunmehrigen Auffassung dem Laienverstande näher zu bringen, stehen bereits auf dem Boden des römisch-kaiserlich-gemeinen Rechtes, welches als der „Ursprung und einig Brunn, daraus mehrentheils alle anderen Land- oder Stadtrechte herfließen und ihren Verstand, Weiterung und Schmälerung davon müssen empfahen", empfohlen wurde. Nur in Betracht, „daß in hochteutscher Nation dieses Studium handelt", ward für gut befunden, den besten Kern jenes Rechtes zu verteutschen und mit den teutschen Reichs-, Land- und Stadtrechten in Uebereinstimmung zu bringen[60]). Nur schade, daß ihre Kenntniß der letzteren sehr gering und die Voraussetzung, daß die teutschen Reichs- und Partikularrechte der vorangegangenen Zeit in dem 1000 und mehr Jahre älteren römisch-byzantinischen Rechte ihren Grund und Ursprung haben, eine irrige war. —

Die Reichsgesetzgebung beschränkte sich noch immer großentheils auf Handhabung des Landfriedens, Organisation der Reichsgerichte und Bestimmung ihres Verfahrens. Außerdem ergingen einzelne Ordnungen und Gesetze über das Münzwesen, Vormundschaftswesen, über Zinswucher und andere polizeiliche Gegenstände[61]). Man kann jedoch unterscheiden: 1) Reichsgrundgesetze, d. h. solche allgemeine Gesetze, welche die Grundverfassung des Reiches betrafen, z. B. die goldene Bulle über die Rechte der Kurfürsten von 1356, die Wahlcapitulationen seit 1521, der westphälische Friede von 1648. 2) Reichsordnungen, d. h. umfassende Gesetze, welche über einzelne Gegenstände mit Bewilligung der Reichsstände vom Kaiser erlassen wurden, z. B. Reichskammergerichtsordnung von 1495, 1555. Notariatsordnung von 1512. Reichspolizeiordnung von 1530, 1577. Peinliche Gerichtsordnung Karl V. von 1532. Reichshofrathsordnung von 1599, 1654. 3) Reichsabschiede, d. h. die am Schlusse eines Reichstages förmlich ausgefertigten Zusammenstellungen der vom Kaiser genehmigten Beschlüsse der Reichsversammlung. Besonders

---

58) Bei Kraut, Grundriß §. 26. Dazu: Retorica und Formularien teutsch, dergleichen nie geschehen ist, Tübingen 1528.

59) Tengler's Laienspiegel, Augsburg 1509 und öfter. Der richterliche Klagspiegel von Brand, Straßburg 1516 und öfter. Der Rechtespiegel von Gobler, Frankfurt 1552.

60) Perneder, Auszug und Anzeigung etlicher geschriebener kaiserlicher und des heiligen Reiches Rechte, wie die gegenwärtiger Zeiten in Uebung gehalten werden, mit Vorrede von Hunger, Ingolstadt 1544, 1561, 1563.

61) K. Fr. Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze 11 Thle. 1786—1794 (der 10. Theil enthält das Privatrecht). Emminghaus, corp. iur. germ. (2. Auflage) Jena 1844.

wichtig ist der sog. jüngste (weil der nachfolgende Reichstag permanent war) von 1654[62]). Verschieden sind die vom Kaiser genehmigten Beschlüsse der für einzelne Zwecke niedergesetzten Deputationen oder Ausschüsse, z. B. der außerordentliche Reichsdeputationsreceß von 1803. 4) Reichsschlüsse oder die nach dem Gutachten der Reichscollegien besonders ausgefertigten und vom Kaiser genehmigten Gesetze. In dieser Form wurden die seit 1663 zu Stande gekommenen Beschlüsse des Reichstages promulgirt[63]).

Außer den Reichsgesetzen kommen in Betracht die Kreisgesetze, d. h. die Beschlüsse der einzelnen Kreistage, welche in Form von Kreisabschieden, Kreisedicten, hauptsächlich in Polizei- und Kriegssachen, namentlich aber in Betreff des Münzwesens, erlassen wurden[64]).

Das Privatrecht blieb von der Reichsgesetzgebung fast ganz ausgeschlossen. Es war daher den einzelnen Reichsständen überlassen, in dieser Beziehung den Kampf zwischen dem römischen Rechte und dem bisherigen Stadt- und Landrechte auszufechten. Zunächst waren es die Stadtrechte, welche nach Maßgabe des römischen Bürgerrechtes (ius civile) reformirt wurden. Schon bei einigen Stadtrechten des 15. Jahrhundertes, welche von römisch gebildeten Juristen abgefaßt wurden, ist der Einfluß des römischen Rechtes bemerkbar; mehr und mehr aber offenbarte sich dieser Einfluß bei den Stadtrechten seit dem Ende jenes Jahrhundertes, und diese wurden hauptsächlich hervorgerufen durch das Bedürfniß, von dem ausgebildeteren römischen Stadtrechte sich dasjenige anzueignen, was mit der besonderen Stadtverfassung nicht in Widerspruch stand[65]). Eine Anzahl von Landrechten des 16. Jahrhundertes beschränkte sich im wesentlichen noch auf Verzeichnung des bestehenden Gewohnheitsrechtes; ein bei weitem größerer Theil enthielt jedoch erhebliche Neuerungen im Sinne der trotz aller Klagen der Ritterschaften und Landschaften[66]) mehr und mehr in Uebung gekommenen fremden Rechte. Alle aber tragen die Spuren der neueren wissenschaftlichen Gestalt des Rechtes an sich und haben diese bei den immer wieder nothwendig gewordenen Revisionen mehr und mehr ausgebildet[67]). Auch einige speciell auf das Lehenrecht bezügliche Landesgesetze kommen vor, welche theils zum Zwecke haben, die einheimischen Lehensgewohnheiten gegenüber dem mit den römischen Rechtsbüchern von der Wissenschaft recipirten longobardischen Lehenrecht

---

62) Neue vollständige Sammlung der Reichsabschiede 4 Thle., Frankfurt 1747.

63) Sammlung von Pachner v. Eggenstorf, 4 Thle., Regensburg 1740—1777.

64) F. K. v. Moser, Sammlung des heiligen Reiches sämmtlicher Kreisabschiede und anderer Schlüsse, 1747 u. 1748, 3 Thle.

65) S. diese Stadtrechte bei Kraut, Grundriß §. 28.

66) Bei Kraut a. a. O. §. 26, Nr. 26—30.

67) Ein Verzeichniß der Landesgesetze dieser Periode bei Kraut a. a. O. §. 30.

(liber feudorum) näher zu bestimmen und namentlich die Rechte des Lehensherrn festzusetzen[68]).

Verschieden von der Gesetzgebung des 16. und 17. Jahrhundertes ist die Art und Weise, wie seit der Mitte des 18. Jahrhundertes einzelne Staatsregierungen den Rechtszustand innerhalb ihrer Staaten in der Absicht zu bestimmen gesucht haben, der Rechtsungewißheit, welche durch den Widerstreit der verschiedenartigsten Quellen in Teutschland herbeigeführt worden war, abzuhelfen. Nicht blos eine Grenzberichtigung zwischen fremdem und einheimischem Rechte, wie die reformirten Land- und Stadtrechte der vorangegangenen Zeit, noch die Auflösung einzelner wissenschaftlicher Controversen, sondern die Systematisirung des Rechtes und die Erschöpfung aller möglichen Rechtsfragen, wenn auch nicht streng auf dem Grunde des Bestehenden war der Zweck der neuen Gesetzbücher. Den Uebergang zu der neuen Methode der Codification und den Abschluß der alten Romanisirung des Landrechtes bildete die bayerische Gesetzgebung. Schon in den Jahren 1751 und 1753 war ein Criminalcodex und eine Gerichtsordnung für die bayerischen Lande ergangen. Diesen folgte 1756 der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, oder neu verbessert und ergänzt kurbayerisches Landrecht nebst Lehenrecht[69]). Die Absicht war, wie der ursprüngliche Titel ausspricht (München 1756) „alle zur bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit gehörige Materien, soviel nicht schon in dem bereits a. 1751 resp. 1753 neu eröffneten Codice criminali und iudiciario besonders hiervon enthalten ist, sowohl nach deren Gemein- als statutarischen Rechtsgrundsätzen, mit durchgängiger Applicirung des Ersten auf die Letztere, wie auch mit nöthiger Entscheidung oder Supplirung, deren vorhin entweder in thesi strittig und zweifelhaft oder defectuos befundener Stellen benebst dem am Ende beigefügten Lehenrecht" zu begreifen, „sohin mit Einschluß obgedacht-neuer Gerichts- und Criminalordnungen ein kurz-deutlich-ordentlich- und vollständiges Systema iuris privati universi, wie solches in hiesigen Kurlanden dermahlen üblich und eingeführt ist, in IV Theilen, XLIX Capitule, doch allerwegen in ganz natürlich und ungezwungenem Zusammenhang" darzustellen. Der Form nach unterscheidet sich dieses Gesetzbuch insofern von den bisherigen Landrechten, als sämmtliche Lehren des Privatrechtes, auch die allgemeinen, nach der Weise eines Compendiums abgehandelt sind. Der Umfang desselben ist sowohl hierdurch, als auch dadurch angewachsen, daß einzelne Lehren, welche sonst dem kanonischen Rechte vorbehalten waren, wie das persönliche Eherecht, das Zehntrecht, aufgenommen sind. Auch das Lehenrecht ist hier zuerst in den Kreis des Landrechtes gezogen (Th. 4, Cap. 18).

---

68) Z. B. Hinterpommersche Lehensconstitution 1691. Kursächsisches Mandat 1764. Gothaisches 1800. Badisches Edict 1807. Bayerisches 1808.

69) Der Verfasser war Freiherr von Kreitmayer, welcher auch Anmerkungen zu demselben herausgegeben hat, 1758, neue Auflage, München 1821, 5 Thle.

Das römische Recht ist vorzugsweise zu Grunde gelegt und soll ebenso wie das longobardische Lehenrecht zu Ergänzung des einheimischen Rechtes, welches in Bayern eine tausendjährige Geschichte für sich hat, auf schickliche und thunliche Weise gebraucht werden. Das geistliche Recht soll „nur in geistlichen Händen und soweit solches mit den Concordatis und der Observanz einstimmig ist, beobachtet werden" (Th. 1, Cap. 2, §. 8—10). Dennoch wird auch das geistliche Recht nebst dem römischen Rechte, den teutschen Reichsgesetzen und dem natürlichen Rechte unter dem Namen des gemeinen Rechtes begriffen; „der Sachsen- und Schwabenspiegel aber wird so wenig als andere dergleichen veraltete teutsche Gesetze darunter verstanden" (das. §. 11, 12)[70]. — Dieses Gesetzbuch gilt heute noch in Altbayern; in den seit 1803 erworbenen Provinzen aber werden die bis dahin giltigen allgemeinen und besonderen Quellen angewendet, namentlich in Anspach und Baireuth das allgemeine preußische Landrecht, in den vormals östreichischen Landestheilen die bis 1809 erschienenen östreichischen Civilgesetze, in dem Rheinkreise die französischen Gesetzbücher.

Den Anfang zu einer gründlicheren Gesetzesreform machte Friedrich der Große von Preußen. Schon in einer Constitution vom 31. December 1746 rescribirte der König: „weil die größte Verzögerung der Justiz aus dem ungewissen lateinischen römischen Rechte herrührt, welches nicht allein ohne Ordnung compilirt worden, sondern worin singulae leges pro et contra disputirt oder nach eines jeden Caprice limitirt oder extendirt worden, so befehlen wir unserem Etatsminister v. Cocceji, ein teutsches allgemeines Landrecht, welches sich blos auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet, zu verfertigen". Es ward darauf ein Project corporis iuris Fridericiani (Berlin 1749—1751, 2 Theile, Fol.) ausgearbeitet, wovon die das Ehe- und Vormundschaftswesen betreffenden Bestimmungen (Th. 1, Buch 2 u. 3) in einigen Provinzen Gesetzeskraft erlangten. Die weitere Ausführung unterblieb, bis durch eine Cabinetsordre vom 14. April 1780 dem Erzkanzler v. Carmer eine neue vollständige Reform sowohl des Processes als auch der übrigen Civil- und Criminalgesetzgebung aufgetragen wurde. Charakteristisch sind wieder die Worte des Königs: „Wenn Ich ... Meinen Endzweck ... erlange, so werden freylich viele Rechtsgelehrten bei der Simplifikation dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht und

---

70) Unter letzteren versteht der Verf. v. Kreitmayer (Anm. zu Th. 1, Cap. 2, §. 12, Nr. 4) die sog. leges barbarorum. Ueber den Schwabenspiegel, der früher in Bayern in großem Ansehen stand, bemerkt aber derselbe (a. a. O. Nr. 3), daß es „ein großes Vorurtheil sei, wenn man die contenta desselben überhaupt für lauter alt verlegene Waare ansiehet." Auch das systema iuris germanici erkennt er hier an; nur meint er mit Moser, daß was Schmid diesfalls geschrieben, „hier zu Lande besser als Heinecii und Engau's Werke zu gebrauchen" sei.

das ganze Corps der bisherigen Advocaten unnütz werden. Allein ich werde dagegen ... desto mehr geschickte Kaufleute, Fabrikanten und Künstler gewärtigen können, von welchen sich der Staat mehr Nutzen zu versprechen hat." Also meinte der König, welcher zugleich, wie einst Kaiser Justinian, den Juristen durch das Verbot aller Interpretation das Handwerk legen, und selbst den Richter nöthigen wollte, bei unzureichenden oder zweifelhaften Gesetzen in jedem einzelnen Falle die Thesis bei der gesetzgebenden Gewalt einzuholen. Das allgemeine Landrecht, dessen Entwurf zuerst der Kritik ausgestellt und dann nochmals umgearbeitet wurde, erschien 1794 in 2 Theilen oder 4 Bänden. Dasselbe sollte an die Stelle des römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten und alle Gegenstände umfassen, welche möglicherweise einem Rechtsstreite unterworfen sein könnten; die Partikularrechte der einzelnen Provinzen aber sollten daneben noch Gesetzeskraft behaupten und binnen drei Jahren zu Provinzialgesetzbüchern verarbeitet werden, was bis jetzt nur in Ost- und Westpreußen geschehen ist (1801. 1844). Die Anwendung der fremden Rechte ist hiernach ausgeschlossen. Doch ward das Gesetzbuch weder blos auf das Vernunftrecht und die allgemeinen Principien, noch auch, wie es nach dem ersten Verarbeiten schien, vorzugsweise auf das römische Recht gestellt; vielmehr zeichnet sich das preußische Landrecht dadurch vor anderen Gesetzbüchern aus, daß es die bestehenden Verhältnisse zur Grundlage nahm und für alle Fälle eine sichere, der Natur der Sache entsprechende Entscheidung zu geben suchte. Auch ist der Richter nicht, wenn ihn der Buchstabe des Gesetzes verläßt, auf einen bloßen Anfragedienst degradirt, sondern es wird unterschieden, ob ein Gesetz vorhanden — aber zweifelhaft ist, oder ob gar kein Gesetz vorhanden, das zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte. Im letzteren Falle hat der Richter nach den im Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach der Analogie anderer Bestimmungen zu entscheiden, im ersten Falle aber soll er nach dem Landrechte, ohne die Parteien zu nennen, erst den Beschluß der Gesetzcommission einholen, und auch dieses ist durch den Anhang vom Jahre 1803 §. 2 dahin geändert, daß der Richter bei zweifelhaften Gesetzen, wie bei einer Lücke in der Gesetzgebung den Fall nach den allgemeinen Regeln von der Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und alsdann erst zum Behufe künftiger Legislation eine Anzeige von der entstandenen Controverse bei dem Justizchef zu machen hat. Die späteren Erläuterungen und Abänderungen des Landrechtes sind in den neueren Ausgaben gehörigen Orts eingetragen[71]). Das Criminalrecht ist in das Landrecht aufgenommen (Th. II, Tit. XX). Eine Criminalordnung erschien 1805

71) Vgl. auch systematische Darstellung des preuß. Civilrechtes, mit Benutzung der Materialien des allgem. Landrechtes von Bornemann, 6 Bde., 2. Ausg., Berlin 1842. Vgl. den Art. Preußen.

als erster Theil eines allgemeinen Criminalrechtes; der zweite Theil, welcher die Strafgesetze enthalten sollte, blieb aus. Erst 1851 wurde mit ständischer Zustimmung ein Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten erlassen.

In Oestreich ward zu einer umfassenden Gesetzgebung unter der Kaiserin Maria der Grund gelegt durch eine Commission, welche 1753 den Auftrag erhielt, unter Zugrundelegung des römischen Rechtes, der verschiedenen Provinzialrechte und unter Benutzung der besten Schriftsteller über gemeines Recht, sowie der Gesetze anderer Staaten und des allgemeinen Vernunftrechtes ein Gesetzbuch über das Privatrecht auszuarbeiten. Der erste Entwurf vom Jahre 1767, aus acht Folianten bestehend, großentheils aus den Commentaren über römisches Recht geschöpft, wurde im Jahre 1772 der Commission mit der Weisung zurückgegeben, das Gesetz und Lehrbuch nicht zu vermengen, mithin Alles, was ad cathedram gehört, aus dem Codex wegzulassen, Alles in möglichster Kürze zu fassen, die casus rariores zu übergehen, die übrigen aber unter allgemeinen Sätzen zu begreifen, jedoch alle Zweideutigkeit und Undeutlichkeit zu vermeiden, — ferner, sich nicht an die römischen Gesetze zu binden, sondern überall die natürliche Billigkeit zum Grunde zu legen, endlich die Gesetze soviel möglich zu simplificiren, daher bei solchen Fällen, welche wesentlich einerlei sind, wegen einer etwa unterlaufenden Subtilität nicht zu vervielfältigen. Im Jahre 1786 unter Joseph II. wurde vorläufig der erste Theil des bürgerlichen Gesetzbuches, das Familienrecht enthaltend (von Kees bearbeitet)[72]), in Wirksamkeit gesetzt, welcher noch jetzt in dem früher vorderöstreichischen Theile Oberschwabens als subsidiarisches Recht gilt. Die anderen Theile wurden einstweilen nicht redigirt, bis endlich ein neuer, von Martini ausgearbeiteter, Entwurf des ganzen Gesetzbuches erschien und, nachdem noch die Erinnerungen der östreichischen Landescollegien und Universitäten benutzt worden, vom 1. Januar 1812 in den gesammten teutschen Erbländern Gesetzeskraft erhielt. Das Handels-, Wechsel- und Lehenrecht, desgleichen was auf die öffentliche Verfassung sich bezog, wurde ausgeschlossen. Das Criminalrecht aber erschien besonders 1804. — Nach der Absicht des Gesetzgebers sollte, wie bei dem preußischen Landrechte, das gemeine Recht außer Anwendung gesetzt werden, und selbst einzelnen Provinzialrechten nur in dem Falle weitere Wirksamkeit zukommen, wenn sie nach Promulgation des Gesetzbuches von dem Kaiser ausdrücklich würden bestätigt werden. Das bürgerliche Gesetzbuch hatte also die Bestimmung, das ganze Rechtsleben in den nach Abstammung und Lebensverhältnissen so verschiedenen teutsch-östreichischen Provinzen

72) Auch die Grafschaft Friedberg-Scheer und die übrigen 1806 mediatisirten fürstlich Thurn und Taxis'schen unmittelbaren Herrschaften erhielten 1792 den 1. Theil eines bürgerlichen Gesetzbuches, welcher jedoch das ganze Privatrecht umfaßt; der 2. Theil sollte die Gerichtsordnung enthalten.

auszufüllen, obgleich es sich darauf beschränkte, nur die allgemeinsten Begriffe und Grundsätze für die einzelnen Verhältnisse zu bezeichnen. Unfehlbar mußte dieses Durchgreifen manche Interessen verletzen; auch ist römisches Recht trotz der Weisung der Maria Theresia immer noch allzusehr zu Grunde gelegt, wie denn z. B. der Grundsatz, daß das Eheverlöbniß keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich zieht (§. 45)[73]), mit der teutschen Sitte in Widerspruch trat[74]). Dennoch wurde das Gesetzbuch dem bisher bestandenen Rechtschaos vorgezogen und auch durch die seither erschienenen Novellen weniges daran geändert. Die neuere Thätigkeit einzelner östreichischer Juristen für Erforschung der teutschen Rechtsquellen giebt der Hoffnung Raum, daß auch nach dieser Seite hin der Zusammenhang mit teutscher Rechtswissenschaft werde erkannt werden.

Außer den vorgenannten Staaten sind einige teutsche Landesgebiete, und zwar von Frankreich aus, mit neuen Gesetzbüchern versehen worden; ja es schien eine Zeit lang, daß das französische Recht, welches den Gegensatz zwischen römischem Rechte und Gewohnheitsrechte mit Hilfe einer nationalen Jurisprudenz und Gesetzgebung überwunden hatte, in allen Staaten des Rheinbundes werde eingeführt werden[75]). Es ist zu unterscheiden: 1) in den dem französischen Reiche vorübergehend einverleibten Theilen des heutigen Teutschlands hat der Code civile nebst den anderen Napoleon'schen Gesetzbüchern unmittelbare Giltigkeit erlangt, namentlich in dem sog. hanseatischen Departement, wo jedoch dieselbe mit der französischen Herrschaft wieder aufgehört hat, und in den auf dem linken Rheinufer befindlichen Provinzen, wo die französische Gesetzgebung, soweit sie bis zur Rückeroberung im J. 1814 eingeführt und nicht seither ausdrücklich geändert worden, forthin giltig geblieben ist, z. B. in dem bayerischen Rheinkreise, in Rheinhessen, in den preußischen Rheinprovinzen; 2) in mehreren unter französischem Einfluß in Teutschland gegründeten Staaten, z. B. in dem Großherzogthume Berg und Frankfurt, in dem Königreiche Westphalen sind die französischen Gesetzbücher recipirt, jedoch mit Ausnahme der jetzt preußischen Provinz Berg, nach Auflösung jener Staaten wieder beseitigt worden. 3) Auch in einigen anderen teutschen Staaten wurde französisches Recht, zum Theil mit kleinen Veränderungen aufgenommen, so jedoch nur vorübergehend in Anhalt-Köthen. Im Großherzogthum Baden wurde der code Napoléon als bürgerliches Gesetzbuch oder Landrecht durch Edict vom 5. Juli 1808 verkündet, unter dem Vorbehalt von Zusätzen, wodurch „eine sichere, dem Geiste dieses Gesetzes

---

73) Andere das Technische betreffende Einwürfe s. bei Savigny, vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Auflage (Heidelberg 1828) S. 97 flg.

74) Ueber das teutsche Element vgl. J. Weiske, in der allgem. öster. Gerichtsz. Nr. 80 flg.

75) Ueber das Verhältniß des Code Napoléon zum teutschen Rechte s. Feuerbach, Themis Nr. 1. Zöpfl, in d. Zeitschr. f. teutsch. Recht Bd. V, S. 110.

stets gemäße und zugleich der Landesart und Sitte nicht nachtheilige Anwendung" begründet werden sollte. In Verbindung mit diesen Zusätzen wurde der Code in einer teutschen Uebersetzung als „Landrecht für das Großherzogthum Baden nebst Handelsgesetzen" den 3. Februar 1809 von neuem verkündet und vom 1. Juli 1809 an unter Aufhebung des „römischen und kanonischen Gesetzbuches, aller Land- und Stadtrechte und aller Rechtsgewohnheiten" für giltig erklärt. Auch in Bayern wurde die Einführung des französischen Rechtes versucht, jedoch blieb es bei dem Entwurfe eines nach demselben bearbeiteten allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (München 1808 und 1809, 3 Theile).

Mit Auflösung des teutschen Reiches (1806) hörte die Reichsgesetzgebung als gemeinsame Quelle auf. Schon bisher wurde derselben im Strafrechte wie im Privatrechte nur der Charakter eines Hilfsrechtes eingeräumt[76]). Durch die Rheinbundesacte vom 12. Juli 1806 erklärten die verbündeten Fürsten: alle teutsche Reichsgesetze sollten für sie, ihre Unterthanen und Staaten in Zukunft nichtig und von keiner Wirkung sein; ausgenommen nur die Bestimmungen des Reichsdeputationsrecesses vom December 1803 in Betreff der Rechte einzelner Staatsgläubiger und Pensionaire und der Rheinschifffahrtsoctroi, welche noch ferner nach Form und Inhalt in Vollzug gesetzt werden sollen. Indessen wurde dieser Bestimmung in praxi keine andere Auslegung gegeben als diese: Die Reichsgesetze sollen als solche für die souverän gewordenen Staaten unverbindlich sein; soweit sie aber in das bestehende Recht dieser Staaten übergegangen waren, und mit den neuen Einrichtungen nicht in Widerspruch standen, wirkten sie so lange fort, als nicht ein neues Recht an ihre Stelle getreten ist[77]).

In der teutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 und den nachgefolgten Bundesgesetzen ist ein neues formell gemeines Recht für Teutschland geschaffen worden[78]). Auch setzen die Bundesgesetze nicht blos die Reichsgesetze, sondern auch die anderen von den Reichsgerichten vormals subsidiarisch befolgten Rechtsquellen, insofern solche auf die jetzigen Verhältnisse noch anwendbar sind, als giltig voraus[79]).

---

76) Peinl. Grichtsordn. v. 1532. Vorrede: „doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Kurfürsten, Fürsten und Stenden an ihren alten wohlherbrachten rechtmäßigen vnnd billichen gebreuchen nichts benommen haben." Codex Maximilianeus bavaricus Th. 1, Cap. 2, §. 11. „Das H. Römische Reichs gemeine Satzungen und Ordnungen kommen in bürgerlichen Sachen nur so weit in gebührende Beobachtung, als durch besondere Landesstatuten, Privilegien und Gewohnheiten kein anderes versehen und hergebracht ist."

77) Brauer, Beiträge zu einem allgemeinen Staatsrechte der rheinischen Bundesstaaten (Karlsruhe 1807) Nr. 3.

78) Quellensammlung zu dem öffentl. Rechte des teutschen Bundes von Klüber, 3. Auflage, Erlangen 1830. Forts. 1833. Corpus iuris germ. von Meyer, Emminghaus u. And.

79) Bundesacte Art. 15, 17. Wiener Conferenzacte v. 1820 Art. 23.

Der Wunsch nach einem für alle teutsche Staaten verbindlichen bürgerlichen Gesetzbuche, welcher im Hinblick auf die Errichtung des teutschen Bundes laut geworden[80])), ist so wenig in Erfüllung gegangen, als die neue Reichsverfassung, welche den 28. November 1849 von der Nationalversammlung zu Frankfurt beschlossen worden[81]). Doch ist ein Gesetz, welches von dieser gutgeheißen und von der Centralgewalt verkündigt worden, in Wirksamkeit geblieben: die allgemeine teutsche Wechselordnung vom 26. November 1848[82]).

Auch haben sich wieder einzelne Staaten die Verbesserung der Gesetzgebung durch umfassende Codification zur Aufgabe gemacht. Namentlich wurde das Strafrecht einzelner Staaten auf diese Weise in Form von partikularen Gesetzbüchern neu redigirt, welche sämmtlich den Zweck haben, das bisherige gemeine und partikulare Recht nach den Forderungen der neueren Wissenschaft und Praxis umzugestalten. Auch das Verfahren in Streit- und Strafsachen wurde durch Civil- und Criminalproceßordnungen vielfach neu organisirt, und endlos ist die Zahl von einzelnen Gesetzen und Verordnungen, welche in den verschiedenen Justiz- und Verwaltungszweigen von 38, nun noch 36, Staatsregierungen verkündet worden sind[83]).

Schwieriger zeigte sich die Verarbeitung des Privatrechtes nach dem Stande der heutigen wissenschaftlichen Anforderungen, wozu gleichwohl Versuche in verschiedenen Staaten (Hessendarmstadt, Königreich Sachsen) gemacht worden sind. Obgleich die veröffentlichten Entwürfe in manchen Beziehungen über den vorangegangenen Gesetzbüchern stehen, so ist doch die Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Gesammtrevision, wodurch die Mittel- und Kleinstaaten vollends von dem gemeinen Rechte in der alten Bedeutung, d. h. von den römischen Pandecten und dem teutschen Privatrechte im engeren Sinne losgerissen würden, vielfach in Zweifel gezogen und von neuem auf das Bedürfniß einer teutschen Nationalgesetzgebung hingewiesen worden[84]). Daß die letztere

---

80) Thibaut, über die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechtes für Teutschland, Heidelb. 1814. Dagegen v. Savigny, vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelb. 1814, 2. Aufl. 1828.

81) Die Literatur in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. XIII, S. 455 flg. Vgl. H. A. Zachariä, teutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Aufl., (Gött. 1853) §. 43 flg. Quellensammlung zum teutschen öffentl. Rechte seit 1848 von Roth u. Merk (Erlangen 1850—1852) 2 Bde.

82) Ueber die neueste teutsche Gesetzgebung in Wechselsachen s. Souchay, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. XI, S. 1. Bd. XIII, S. 470.

83) Eine Uebersicht der partikularen Rechtsquellen bei Beseler, System des teutschen Privatrechtes Bd. 1, §. 45. Weitere Literatur in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. XIII, S. 451—453.

84) Christ, über teutsche Nationalgesetzgebung, Karlsruhe 1842. Desselben, die Verwirklichung der t. Nationalgesetzgebung, Stuttg. u. Tüb. 1850. Zaup, in den Verhandlungen der Germanisten von 1846 (Frankfurt a. M. 1847) S. 108 flg. Wydenbrugk, Briefe über teutsche Nationalgesetzgebung, Jena 1848.

vorzuziehen wäre, ist einleuchtend schon aus dem Grunde, weil in ganz Teutschland eher die befähigten Männer für eine solche Arbeit zu finden wären, als in einem einzelnen Lande. Auch ist die schon oben erwähnte teutsche Wechselordnung, wozu der Grund auf der Leipziger Conferenz von 1847 gelegt worden[85]), ein einladender Vorgang für ein neues ähnliches Beginnen, auch in anderen Theilen des bürgerlichen Rechtes. Dies würde jedoch voraussetzen, daß zunächst die beiden teutschen Großstaaten auf ihre bisherigen Gesetzbücher und deren abgesonderte Fortbildung verzichten, und da dies kaum zu erwarten ist, da auch auf eine gemeinsame Ueberzeugung sonst nicht allwärts gerechnet werden kann, so darf es nicht verwundern, wenn einstweilen jede Gesetzgebung in ihrem Gebiete dem Bedürfnisse eines ius certum, das weder die Doctrin noch die Praxis bisher zu befriedigen vermochte, abzuhelfen bemüht ist.

L. Reyscher.

Quittung nennt man die von dem Gläubiger oder dessen Vertreter ausgestellte schriftliche Bescheinigung über die vom Schuldner bewirkte Leistung des Gegenstandes seiner Verbindlichkeit. Eine besondere Form ist für die Quittung nach gemeinem Rechte nicht vorgeschrieben; wohl aber muß sie, wie sich von selbst versteht, mit der erforderlichen Deutlichkeit und Genauigkeit abgefaßt sein, damit man aus ihr zu ersehen vermag, auf welche specielle Verbindlichkeit, welches Quantum u. s. w. sie sich bezieht. Ebenso folgt es aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß der Quittirende Dispositionsfreiheit besitze, und eine von einem Unfähigen, z. B. einem Pupillen ohne Zuziehung seines Vormundes ausgestellte Quittung ist nur insoweit wirksam, als die geleistete Zahlung selbst, welche in der Quittung bescheinigt wird, von dem Unfähigen anerkannt werden muß[1]).

Im übrigen beweisen Quittungen, welche nicht documenta publica sind, die durch sie bekannte Zahlung erst nach Ablauf von dreißig Tagen von ihrer Ausstellung an, bis zu welchem Zeitpunkte der Aussteller gegen sie die exceptio doli — bei den neueren exceptio non solutae pecuniae — mit der Wirkung hat, daß der Schuldner den Beweis der Zahlung auf andere Weise, als durch die Quittungsurkunde führen muß. Nach dem Ablauf der dreißigtägigen Frist von Ausstellung der Quittung an, beweist die letztere aber die geschehene Zahlung so absolut, daß nicht einmal der Gegenbeweis des Nichtempfanges, namentlich auch kein Eidesantrag über die Zahlungsleistung, mehr gestattet wird[2]).

85) Protokolle gedruckt, Mannheim 1848.

1) S. §. 2. I. quib. alien. lic. (2. 8.) L. 4. de exceptt. (44. 1,) L. 15. 47. pr. de solutt. (46. 3.) Donell. commentar. iur. civ. Lib. XVI. c. 10.

2) C. 14. §. 2. in fin. Cod. de n. num. pec. (4. 30.) Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. I, Nr. 18, §. 31—34. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 292.

Daß derjenige, welcher eine Schuld bezahlt, außer der Rückgabe des etwaigen Schuldscheines, eine Quittung oder Tilgungsschein vom Gläubiger zu verlangen berechtigt sei, ist wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen [3]. — Da nämlich die bloße Zurückgabe der Schuldurkunde an den Schuldner überhaupt nur eine Präsumtion für die Thatsache des Erloschenseins der Obligation involvirt, durchaus aber in Zweifel läßt, ob dieses Erloschensein gerade durch Zahlungsleistung herbeigeführt worden ist [4], so hat der Schuldner allerdings ein großes Interesse, daß die Gewißheit der geschehenen Zahlung für ihn an's Licht gesetzt werde. Dieses Interesse tritt z. B. deutlich hervor, wenn der Schuldner die geleistete Zahlung als indebitum zurückfordern will; in welchem Falle eine von dem Empfänger ausgestellte Quittung sofort den zur Begründung der condictio indeb. nothwendigen Beweis der Zahlung erbringen würde, während der in den Händen der Condicirenden befindliche Schuldschein das Factum der Zahlungsleistung ganz unentschieden ließe. Ebenso giebt es Fälle, in denen dem Schuldner lediglich der Beweis der wirklich geschehenen Leistung des Gegenstandes seiner Verbindlichkeit, nicht aber ein sonstiger Erlöschungsgrund der Obligation, zu befreien im Stande ist, wie z. B. dann, wenn für Gläubiger ein, zur Abschließung von Nachlaßverträgen, Schenkungen u. s. w. nicht speciell legitimirter Mandatar auftritt; und ferner beweist selbst eine Privatquittung nach Ablauf von dreißig Tagen nach der Ausstellung ohne daß ein Gegenbeweis mehr zulässig ist (s. oben), während gegen die aus der Zurückgabe des Schuldscheines abzuleitende Vermuthung des Erloschenseins der Schuld der Gegenbeweis so lange offen steht, als die Klage nicht durch Verjährung ausgeschlossen ist [5].

Wenn aber hiernach Niemandem zuzumuthen ist, eine Schuld zu bezahlen, sofern nicht die Zahlung die beabsichtigte Wirkung völliger Lösung des Obligationsnexus und Befreiung von ferneren Ansprüchen nach sich zieht, und wenn ferner — wie dies namentlich durch c. 18. C. de testib. d. d. W. nisi vel securitatem in scriptis capiant, deutlich bestätigt wird, keine Zahlung geleistet zu werden braucht, sofern nicht der Gläubiger diejenige genügende Sicherheit dafür giebt, daß nicht noch einmal gezahlt werden müsse, — eine Sicherheit, welche vor

---

3) Cf. Ant. Faber, codex definitt. for. et rer. in sacro Sabaud. sen. tract. tit. de solut. defin. 3. p. 1089. Leyser, meditt. ad Pand. spec. 530. med. 1. Voet. ad tit. D. de solutt. §. 15. Franc. Wiser, observatt. iur. pract. Obs. 23. p. 126 sq. Claproth, RW. v. Eingeh. der Vertr. I, §. 62. Gesterding, im Archiv für civ. Prax. IV, S. 16 flg.

4) Kind, quaest. for. (ed. 2.) Tom. IV. cap. 59. Schweppe, röm. Privatrecht Bd. III, §. 626 der 4. Ausg. Vermehren, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. XI, Nr. VII, S. 263 flg. v. Zobel, in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. in Sachsen, alte Folge, Bd. III, S. 100 flg.

5) Bülow, Abhandl. Th. II, Nr. 21, S. 188—199. Wening-Ingenheim, Lehrb. des g. Civilr. §. 245 (§. 111 des 3. Buches). Linde, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 244 flg.

allem durch Ausstellung einer Quittung zu erwirken ist (Nov. 90. c. 8. quanquam debitum scriptura interveniente contractum esset et qui confessus erat, scribere, idque per literas suas manifestum facere posset)[6]) — und wenn endlich die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Ausstellung einer Quittung keineswegs, wie man vielleicht aus Nov. 90. c. 8. u. c. 18. cit. folgern könnte — auf den Fall beschränkt werden darf, wenn die Schuld in einer Urkunde verbrieft war[7]); so stehen dem Schuldner als Rechtsmittel, um den Gläubiger zur Ausstellung einer Quittung zu nöthigen, doch nur das Retentionsrecht an der Zahlung mittelst der exceptio doli, wovon auch cap. 18 cit. allein spricht, und die ihm analoge gerichtliche Deposition der Zahlung zur Seite. Der Schuldner braucht nur gegen Aushändigung der Quittung zu zahlen, und versetzt den Gläubiger, welcher unter dieser Bedingung keine Zahlung annehmen will, in moram accipiendi. Eine besondere Klage auf Ausstellung der Quittung ist wenigstens dem gemeinen Rechte fremd und kann nicht willkürlich angenommen werden; so daß der Schuldner, wenn er gezahlt hat, ohne sich eine Quittung geben zu lassen, später nicht auf deren Ausstellung dringen kann, sofern nicht ein hierauf bezügliches Versprechen des Gläubigers vorliegt.

In den Gesetzen[8]) findet sich noch die Bestimmung, daß wenn jemand im Stande ist, die Bezahlung der öffentlichen Abgaben an die Staatskasse durch Quittungen auf drei hinter einander folgende Jahre zu beweisen, er hierdurch der Nothwendigkeit überhoben sein soll, daß die Steuern für die vorhergegangenen Jahre bezahlt seien. Die Praxis pflegt diese Vermuthung weit über den einzelnen im Gesetze genannten Fall, und zwar auf alle zu gewissen, selbst kürzeren als jährlichen, Terminen wiederkehrende Zahlungen unter Privatleuten, z. B. auf Zinsen, Mieth- und Pachtgelder, Kanon u. s. w. auszudehnen[9]). Allein muß jede Ausdehnung jener singulären gesetzlichen Bestimmung in const. 3

---

6) Zu vgl. auch c. 19. C. de fide instrum.

7) S. Linde a. a. O. S. 249.

8) C. 3. Cod. de apochis publ. et de descriptionib. curialib. etc. (10. 22.) Imp. Martianus A. Constantino P. P. Quicunque de provincialibus et collatoribus, decurso posthac quantolibet annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariae solutionis exposcitur, si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque prodiderit; superiorum temporum apochas non cogatur ostendere, neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coerceatur, nisi forte aut curialis, aut quicunque apparitor, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici debiti exactor sive expulsor, possessorum vel collatorum habuerit cautionem: aut id, quod reposcit deberi sibi, manifesta gestorum adsertione patefecerit. — Gesterding, im Archiv f. civ. Prax. IV, Nr. 3, S. 9 flg.

9) Finkelthaus, observ. pract. Obs. 115. Leyser, meditt. ad Pand. sp. 530. m. 9. Pufendorf, observatt. i. Tom. I. obs. 173. Kind, quaest. for. (ed. II.) Tom. IV. nr. 57. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. a. a. O. Bülow, Abhandl. Th. II, Nr. 21, §. 4—6. Siehe auch Göschen, Vorles. über das gem. Civilr. Bd. II, S. 225.

cit. schon nach bekannten Interpretationsregeln[10]) für unstatthaft erachtet werden, so ist jenes Verfahren hier um so verwerflicher, als das Gesetz nicht einmal von jährlichen Terminen, sondern nur von dreijährigen Quittungen spricht[11]).

Da Quittungen nicht allein dann, wenn sie außer dem Bekenntnisse der Zahlung, auch noch etwas zu Gunsten des Ausstellers aussprechen, sondern auch, wenn sie blos das erstere enthalten, gemeinschaftliche Urkunden sind, so ist für die Parteien, welche sich Quittungen in Bezug auf ein klagbar gemachtes Rechtsverhältniß ausgestellt haben, die Verpflichtung, dieselben einander zu ediren, rechtlich begründet[12]).

F. K. Steinberger.

---

10) L. 14. 15. 16. D. de leg. (I. 3.) L. 23. §. 3. D. de fideicommiss. libert. (40. 5.) L. 141. pr. L. 162. D. de R. I. (4. 17.)

11) Gesterding a. a. O.

12) L. 4. §. 1. D. de edendo (2. 13.). Linde, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, Nr. 8, S. 220 flg.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

Der geneigte Leser verbessere besonders folgende Druckfehler im Artikel „Preußen.“

Seite 260. letzte Zeile im Text statt Breskow l. Beeskow.

— 261. Anm. 11. / Anm. 13. 15. } statt Doziel l. Dogiel.

Anm. 16. statt Waddigen l. Weddigen

— 262. Zeile 17. statt Wolau l. Welau.

Anm. 22. statt Doziel l. Dogiel.

— 263. Anm. 25. statt Ranke neue l. R. neun.

Anm. 30. statt Kurze, Series l. Kurze Series.

Anm. 32. statt Ludwig l. Ludewig.

Naumburg l. Neuenburg.

— 264. Anm. 33. a. E. statt 35 l. 37.

— 265. Z. 7 v. o. statt Großregulirung l. Grenzregulirung.

Z. 2 v. u. statt Hugssen l. Huyssen.

Anm. 43. statt T. p. 702 l. VI. p. 702.

— 266. Anm. 46. statt Mayer l. Meyer.

— 267. Z. 6 v. o. statt Verträge auf l. Verträge mit

Z. 13 v. o. statt 6013,[46] l. 5113,[46]

Anm. 53. statt 51 — 53 l. 56 — 58.

— 268. Z. 12 v. o. statt Constitutionen l. Continuationen.

— 269. Z. 17 v. o. statt ihm l. ihre.

— 271. Z. 4 v. o. statt Rabeur l. Rebeur.

— 272. Anm. 79. statt Anm. 50 l. 52.

— 273. Anm. 80. statt Anm. 63 l. 66.

— 274. Z. 2 v. u. statt 10 Decbr. l. 20 Decbr.

— 275. Anm. 92. a. E. statt Waddigen l. Weddigen.

— 276. Z. 24 v. o. statt Anm. 87 l. 91.

— 279. Anm. 98. statt Anm. 76 l. 80.

Anm. 99. statt Anm. 90 l. 94.

— 280. Z. 9 v. o. statt Anm. 76 l. 80.

— 281. Z. 11 v. u. statt 39 l. 41.